العرف وأثره

في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

دراسة مقارنة

تأليف

المحامي محمود صالح المحمود العلواني

منشورات الحلبي الحقوقية

العُرفُ وَأَثَرُهُ

في

الشَّرِيعَةِ الإِسلامِيَّةِ وَالقَانُونِ الوَضعِي

دِرَاسَة مُقَارَنَة

العُرفُ وأَثَرُه

في
الشَّرِيعَةِ الإِسْلَامِيَّةِ وَالقَانُونِ الوَضْعِي

دراسة مُقارنة

تأليف

المحامي محمود صالح المحمود العلواني

منشورات الحلبي الحقوقية

منشورات الحلبي الحقوقية

AL - HALABI

LEGAL - PUBLICATIONS

الطبعة الأولى

2016 ©

تنضيد وإخراج

MECA

P.O. BOX 113-5096 BEIRUT - LEBANON

Tel. & Fax 961-1-362370, **Cellular** 961-3-918120

E - mail meca@cyberia.net.lb

منشورات الحلبي الحقوقية

فرع اول: بناية الزين - شارع القنطاري

قرب تلفزيون أخبارية المستقبل

هاتف: 364561 (1-961+)

هاتف خليوي: 640544 - 640821 (3-961+)

فرع ثانٍ: سوديكو سكوير

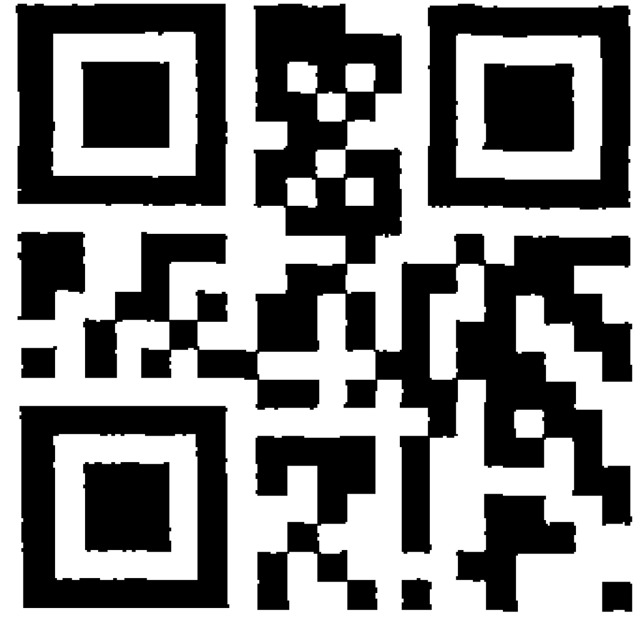
هاتف: 612632 (1-961+)

فاكس: 612633 (1-961+)

ص.ب. 11/0475 بيروت ـ لبنان

E - mail elhalabi@terra.net.lb

www.halabi-lp.com



ISBN 978-614-401-801-9



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

﴿ قُلِ الْحَمْدُ لِلَّهِ وَسَلَامٌ عَلَىٰ عِبَادِهِ الَّذِينَ اصْطَفَىٰ آللَّهُ خَيْرٌ أَمَّا يُشْرِكُونَ ﴾

صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمُ

النمل 59

الإهداء

إلى

من لا يشغله سمع عن سمع،

ومن لا يغلطه السائلون،

ومن لا يبرمه إلحاح الملحين.

أذقني يا ربي برد عفوك ومغفرتك

وحلاوة رحمتك مودة وشفاعة.

والى

بلدي العراق.

والى

زوجتي

وأولادي

محبة ووفاء

المؤلف

المقدمة

لقد عانى الإنسان من ضغط الطبيعة منذ نشأته الأولى، وهو في سبيل استمرار وجوده كان يسلك مسالك عدة من أجل توفير ما يساعده في عملية العمل والحياة، فهو يعلم انه لا يتمكن من مقاومة القوى الطبيعية والإفادة من مزاياها بمفرده؛ ولذلك وجب عليه أنْ يَعمل مع غيره لكي يحقق أهدافه. وطالما أنَ الناس قد ارتبطوا في جماعات فإنهم بحاجة إلى تقسيم العمل وتنظيم النظام؛ لهذا فقد تعارف الناس فيما بينهم على عادات وأعراف تحكم وتنظم العلاقات فيما بينهم ومن خلال احترامهم لتلك العادات والأعراف ورسوخها في مجتمعاتهم أصبحت ملزمة لهم وواجبة الاحترام من الجميع وإن من يخالفها يتعرض للجزاء.

من هنا نجد بأنَّ العرف كان يتمرد من خلال الممارسات والقواعد التي تحكم أساس النشاطات المتعلقة بمنح الحياة للفرد أو سلبها منهُ، فهو يحيا في الحركة طالما التزم بعرفها الشائع، ويرفض وجوده حين يخرج عن ذلك الالتزام الذي يعدُّ التزاماً قدسياً بالنسبة للجماعة، وقد وجدنا أنَ مفهوم العرف قد يتداخل مع مفهوم العادة أو التقليد بحيث يستعمل المصطلحان بمعنى واحد من دون تميز بينهما مع أن هناك فروقاً واضحة بين هذين المصطلحين، فالعرف كان ولا يزال نوعاً من العادات والتقاليد الراسخة في شعور أفراد المجتمع وهو يشبه العادة أو التقليد من ناحية عراقته وتوارثه، إلا إنه يختلف عنه في درجة إلزامه وانتشاره وشموله وعموميته في حين أنَّ التقاليد عادات محدودة التطبيق نسبياً، وهي تهم فئة أو طبقة، أما العرف فهو ذلك النوع من العادات الواسع النطاق في انتشاره فضلاً عن أنه في إلزامه وعموميته وشموله يكون اقرب إلى القانون، في حين أنَّ العادات قد تتعارض مع القانون، كما في تقاليد الثأر التي درجت عليها بعض الجماعات.

أما العرف الذي ينبثق من ثقافة المجتمع، فإنه قد يتوافق مع القانون ويصبح مصدراً للتشريع وهذا ما حصل في مجتمعات كثيرة؛ لأنه يعبر عن الضمير الجماعي لها وكان بمثابة سلطه معنوية لها واقع نفسي فيها.

بناءً على ذلك يمكننا القول إنَّ العرف أصبح تلك السلطة المتأصلة في ضمير الجماعة، وهو قوة تحتوي على عنصري الإيمان والعاطفة، إذْ إنهُ يجمع بين شعور الجماعة وتوافقها المشترك ويساهم في ضبط وتنظيم سلوكها. ولأهمية العرف في الحياة فقد عده الفقهاء والعلماء بمثابة الجذر الحقيقي لمجموعة الشرائع والقوانين التي أنتجتها البشرية على مر العصور، وعدته الشريعة الإسلامية السمحاء دليلاً من أدلتها الشرعية بشرط أن لا يخالف دليلاً شرعياً أو قاعدة من قواعدها.

وللاعتبارات السابقة وللأهمية التاريخية والشرعية والقانونية للعرف، ولدوره في تاريخ وتراث الأمة، ولأهميته في صياغة كثير من القواعد الفقهية والقانونية اخترت موضوع رسالتي فكان «**الجذور التاريخية للعرف وأثره في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي**».

لقد اقتضت طبيعة الدراسة أن اجعلها في أربعة فصول، كل فصل منها بثلاثة مباحث بعد أن قدمنا لها بمقدمتنا هذه وعلى وفق ما يأتي:

الفصل الأول: العرف في القوانين والتشريعات القديمة.

المبحث الأول: في التعريف بالعرف.

المبحث الثاني: نشأة العرف وتطوره.

المبحث الثالث: صور العرف والعادة في المجتمعات البدائية.

الفصل الثاني: العرف عند العرب قبل الإسلام.

المبحث الأول: بدايات قانون الأسرة قبل الإسلام.

المبحث الثاني: العقود والالتزامات قبل الإسلام.

المبحث الثالث: أعراف العرب.

الفصل الثالث: أثر العرف في الشريعة الإسلامية.

المبحث الأول: العرف وعلاقته بالأدلة الشرعية

المبحث الثاني: شروط العمل بالعرف وأركانه.

المبحث الثالث: الأحكام المبنية على العرف.

الفصل الرابع: أثر العرف في القانون الوضعي.

المبحث الأول: أثر العرف في التنظيمات القانونية العثمانية.

المبحث الثاني: أثر العرف في القوانين الوضعية.

المبحث الثالث: أثر العرف في بعض القوانين العربية.

لقد تطلبت الدراسة الرجوع إلى مصادر ومراجع كثيرة وجدنا فيها الكثير مما أغناها، فبعد كتاب الله العزيز اعتمدنا العديد من كتب الفقه وأصوله، دون أن نتقيد بمذهب معين حيث رجعنا إلى المصادر الرئيسة الخاصة بتلك المذاهب ثم إلى المصادر والمراجع التي أخذت عنها فيما بعد. كما اعتمدنا على العديد من الكتب الخاصة بدراسة الشريعة الإسلامية وتاريخها، وأخذنا من بعض معاجم اللغة ما يتعلق بمعنى العرف وبمفهومه. ومن أجل الوصول إلى الجذور التاريخية للعرف فقد اعتمدنا على كتب التاريخ والحضارة التي تعنى بالتاريخ القديم وبتاريخ القانون إضافة إلى نصوص القوانين الوضعية الحديثة بما يتفق مع الدراسة.

لقد بذلت ما بوسعي في البحث والتقصي من اجل أن أُظهر هذه الدراسة بالمظهر الذي جاءت به، وأشكر كل من ساعدني ووقف معي في دراستي هذه. واسأل الله تعالى أن يجعل خاتمة عملي خالصة لوجهه الكريم، وأن يمدني بما يشد أزري لمتابعة جهدي العلمي، ولا أدعي إنني أصبت في كل ما كتبته، فالكمال لله وحده فإن أحسنت فلي أجر ما قدمت وإن أخطأت فلي أجر ما اجتهدت به وفوق كل ذي علم عليم.

الفصل الأول
العرف في قوانين وتشريعات الحضارات القديمة

القانون ضروري لحياة الناس، إذ لا يمكن أن تقوم بغيره، وهو ينظم تلك الحياة تنظيماً يتفق مع أحوال الناس وحاجاتهم، ولما كانت الأحوال الاجتماعية والسياسية والاقتصادية لحياتنا غير ثابتة، بل إنها تتغير وتتبدل ولا تستقر على حال واحدة كان لا بد للقانون من أن يتغير ويتبدل بدوره، حتى يستمر متسقاً معها. فالقانون في ذاته ليس غاية وإنما هو مجرد وسيلة تستهدف تمكين حياة الناس من أن تقوّم وأن تتهذب وترقى وتتقدم وهو في أداء هذه الوظيفة يتماشى بالضرورة مع أحوال الجماعة وحاجاتها، فأن تغيرت تلك الأحوال والحاجات، كان لزاماً على القانون أن يتغير بدوره حتى يظل متجاوباً مع نوع الحياة التي نعيشها، وإلاّ صار عقبة أمام سير حياتنا، وتقدمها بدلاً من أن يكون هو السبيل إلى الوصول إليها، ولكن هذا المفهوم الاعتيادي للقانون، والذي يكاد يصبح اليوم من عداد البديهيات القانونية التي لا تحتاج إلى شرح أو توضيح لم يكن كذلك في العصور السالفة، فقد نشأت الفكرة القانونية وتطورت ونمت إلى هذا المفهوم الذي وصفناه في ثلاث صور مختلفة، ولكنها على كل حال متعاقبة، فقد ظهرت الفكرة القانونية أولا بصورة أحكام إلهية، ثم تجلت ثانيا بمظهر التقاليد العرفية، إلى أن برزت أخيرا بشكل قانون وضعي مكتوب[1].

---

(1) عبد الرحمن البـزاز، الموجز في تاريخ القانون، مطبعة رشيد، ط1، (بغداد، 1949)، ص40.

وقبل البحث والدراسة في نشأة العرف وتطوره وأركانه وأنواعه وأثره في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي لا بد من التعريف به لغة واصطلاحاً والتعريف بمفهومه عند علماء المسلمين، بالقدر الذي يتفق مع موضوع رسالتنا دون الدخول بتفاصيل فقهية تبعدنا عن جوهر الأطروحة.

المبحث الأول

في التعريف بالعرف

❖ تعريف العرف لغة واصطلاحاً

1 - العرف لغة:

هو دلالة للمعرفة والعرفان. وهو اشتقاق للدلالة على معرفة الناس وإقرارهم على أمر معروف للدلالة على التدبير والتفكير[1]. والعرف يعني الاعتراف بالشيء والإقرار به (أي الاعتراف به) [2].

ويضيف الفيروز آبادي إلى العرف معنى جديدا فيقول: إنَّ العرف يأتي بمعنى الجود والسخاء وعلى كل ما تبذله وتعطيه [3]. في حين يذهب ابن منظور أن معنى العرف هو من المعروف أي الشائع، وهو ضد النكرة. والعرف هو كل ما تعرفه النفس وتطمئن إليه أي: ما شاع بين الناس من أحكام في الخير وأقروها واطمأنوا إليها. وبهذا المعنى يصبح معنى العرف كل الأمور الحسنة[4] التي تعارف عليها الناس كما هو متأكد في قول الشاعر العربي الحطيئة.

من يفعل الخير لا يعدم جوازيه لا يذهب العرف بين الله والناس[5].

ويعطي المرتضى الزبيدي معنى آخر وهو: إن العرف لغة يعني الصبر[6].

---

(1) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، (القاهرة، 1979)، ج4، ص281 – 282.

(2) الرازي، مختار الصحاح، المركز العربي للثقافة والعلوم، (بيروت، د. ت)، ص317 – 318.

(3) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، المطبعة المصرية، (القاهرة، 1933)، ج 3، ص179.

(4) ابن منظور، لسان العرب، دار صادر للطباعة والنشر، (بيروت، د. ت)، 9ج، ص1391.

(5) المصدر نفسه، ج 9، ص219.

(6) الزبيدي، تاج العروس في جواهر القاموس، (دار ليبيا، ب. د)، 24ج، ص137.

ويذكر لنا الراغب الأصفهاني بأن العرف يعني كل ما تعارف عليه الناس من الخير وتأنس به النفس وتطمئن إليه [1].

وإذا ما قبلنا معنى الاعتراف والجود والمعرفة والصبر والاطمئنان في الحكم، والأمور الحسنة والذي ساقه إلينا كثير من علماء اللغة يصبح المعنى اللغوي قريبا مما ذهب إليه ابن منظور من أنّ العرف هو كل ما تعارفه الناس فيما بينهم من الخير وأقروه واطمأنوا إليه، ويقصد فيه - على الغالب - كل الأمور الحسنة من قول أو فعل [2]. وهو يتفق مع ما أورده ابن عابدين، والذي قدم لنا تعريفاً شاملاً للعرف يقول فيه: «إن العرف هو عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المعقولة والمقبولة من الطباع السليمة يجري في المعاملات مجرى العادات [3].

ويؤكد ابن عابدين اعتماداً على رواية البيروني من إن العرف هو عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المعقولة عند الناس والذي يجري مجرى العادة [4] حتى صارت العادة موقرة مستقرة في النفوس والعقول من غير علاقة ولا قرينة، فصارت العادة حقيقة عرفية شائعة.

2 - العرف اصطلاحاً:

مثلما وجدنا اختلافاً عند أهل اللغة في الاتفاق على تعريف العرف نجد أنَّ علماء الفقه ورجال القانون قد اختلفوا ولم يتفقوا على تعريف محدد، لكنهم اشتركوا في مفهومه ومعناه العام [5]، ويبدو أن العرف كمصطلح شأنه شأن بقية المصطلحات التي لم يتم تعريفها من الأئمة والعلماء المتقدمين، ومما تجدر الإشارة إليه إلى أن هناك تشابهاً كبيراً بين أكثر التعريفات. ولن ندخل في هذا التعريف مدخلاً لغوياً أو اصطلاحياً يخرجنا عن الغاية من

---

(1) الراغب الأصفهاني، مفردات غريب اللغة، تحقيق: سعد الكيلاني، (مصر، 1961) ص31.

(2) الجرجاني، التعريفات، دار الشؤون الثقافية، (بغداد، 1986م)، ص86

(3) ابن عابدين، الرسائل، تحقيق: محمد هاشم الكيني، (مصر، د. ت)، ج 2، ص114.

(4) المصدر نفسه، 2ج، ص14.

(5) الجرجاني، مصدر سابق، ص86.

بحثنا والمتمثل بالتعريف بالعرف على قدر تعلق الأمر بالدراسة وهي دراسة تاريخية. عليه سوف نعرض أهم التعاريف، وما هو شائع منها ويتفق مع منهجنا في البحث. وفى أدناه أبرز تعريفات العرف اصطلاحاً:

1 - الأمر المتكرر ولو من غير علاقة عقلية والمراد هنا العرف العملي[1].

2 - ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطبائع السليمة بالقبول[2].

3 - هي غلبة معنى من المعاني على الناس [3].

4 - ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطبائع السليمة بالقبول [4].

تكاد التعريفات للعرف تتقارب إلى حد بعيد بين القدامى والمعاصرين حيث نجد الجرجاني يركّز في تعريفه للعرف على صفتين، يتابعه فيهما جميع من تعرض لتعريفه وهما: العقل والطبيعة فالعقل مصدر الفكر والنظر، والطبيعة هي الجبلة التي يفطر عليها الإنسان ولا يمكن أنّ يجتمعا في حالة سلامة العقل واستقامة النفوس على أمر قبيح خارج عن حدود القبول[5] وبهذا يقول الجرجاني: «العرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول» [6].

فالنفوس لا تستقر بذاتها على أمر إلاّ بعد شهادة العقل وتقبل الطبع، ولعل ابن عابدين يحاول أن يقيد الطبع بالسلامة حتى يتجنب الأعراف التي

---

(1) محمد أمين باد شاه، تيسير التحرير شرح التحرير للكمال بن الهمام، دار العلمية، (بيروت، د. ت)، ج1، ص317.

(2) ابن الحاجب، منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل، مطبعة السعادة، مصر (القاهرة، 1326هـ)، ص326.

(3) الغزالي المستصفي، المكتبة التجارية الكبرى، (القاهرة، 1937م)، ج، ص185.

(4) ابن عابدين، الرسائل، ج 2، ص125.

(5) المصدر نفسه، ج 2، ص 125.

(6) الجرجاني، مصدر سابق، ص 130.

تتم على فساد عندما قال «بان العرف ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطبائع السليمة بالقبول» [1].

وهذان التعريفان يمثلان عنصري الجمع والمنع المطلوبين في الحدود، وذلك إن جميع الأعراف السارية في المجتمعات هي صورة لذلك الاستقرار في النفوس بشرط موافقة العقول والطباع عليه، وإن أهم شيء نلحظه فيً هذين التعريفين اقتصارهما على تعيين حقيقته وعدم الانشغال بتقسيماته على أنه ما تكون من فعل أو قول ولا شك انه تعريف للشيء بطريقة التقسيم وهو أكثر فائدة؛ لأنه يعين على رسم صورة للعرف أكثر وضوحاً إذا ما اتفقنا من أنه كل «ما يتعارفه الناس ويسيرون عليه غالباً من قول أو فعل»[2].

ونتيجة لوجود علاقة بين العرف والعادة تصل عند البعض إلى حد المساواة والمرادفة فنجد بعضهم يعرفونه وكأنه عادة حيث يقول محمد أبو زهرة: «العرف ما اعتاده الناس من معاملات واستقامت عليه أمورهم»[3]. وهو بذلك يخالف ما ابتدأ به علماؤنا المعاصرون من ابتداء التعريف بـ (التعارف) المشتق من العرف، وتبعه على هذا التعبير مصطفى الزرقا حيث عرّف العرف بأنه: «عادة جمهور قوم من قول أو فعل»[4]. ويبدو أن الزرقا أعطى للعرف طابع الكثرة التي تلتزم بفعل من الأفعال أو قول من الأقوال كما يبدو من عنصر الجمهرة التي افردها في تعريفه.

ويبدأ الأستاذ بدران أبو العينين بدران تعريفه ويحدده بأنه: «ما اعتاده جمهور الناس وألفوه من قول أو فعل تكرر مرة بعد أخرى حتى تمكن أثره في نفوسهم وصارت تتلقاه عقولهم بالقبول وعنصر (الألفة) في الحد هو لزوم من التعود على الشيء والتكرر دليل التعارف والمعاودة فالتكرر يستلزمهما ولذا لو بدأ تعريفه بالتكرر لكان أولى» [5]. وهذا التعريف يتطابق مع التعريف

---

(1) ابن عابدين، الرسائل، ج 2، ص 144.

(2) عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي، دار القلم، (الكويت، 1970م)، ص11.

(3) محمد أبو زهرة، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، (الكويت، 1970م)، ص273

(4) مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، (دمشق، 1952 م)، ص111.

(5) بدران أبو العنين، أصول الفقه، مؤسسة شباب الجامعة، (الإسكندرية، 1973م)، ص 37.

الذي أورده كل من: عبد الكريم زيدان[1]، وزكريا البري [2].

من هذا كله يمكن أن نرجح تعريفا للعرف وهو الأقرب للمفهوم اللغوي الذي أسهبنا فيه وقريبا مما ذهب إليه فقهاء الأمة من المتأخرين واستقر عليه فقهاء القانون، والذي يقول: «إن العرف هو كل ما تكرر استعماله من فعل أو قول حتى اكتسب صفة الاستقرار في النفوس والتقبل في العقول والرعاية في التصرفات»[3] فما تكرر استعماله عند الناس من الأفعال كزيارة المريض وتبادل الهدايا على مستوى الاجتماعيات أو على مستوى السياسات كالمقابلة بالمثل في القضايا الدبلوماسية، وعلى مستوى الاقتصاديات كبيع المعاطاة، أو ما تكرر استعماله من الأقوال حتى صار حقيقة عرفية مثل لفظ (ولد) إذ هو موضوع في اللغة لكل من الذكر والأنثى ثم غلب الأول حتى صار يطلق عرفا على الذكر فحسب، ويتكون هذا التعريف من عنصرين مادي ومعنوي، فالمادي هو العقل أو القول المتكرر استعماله والمعنوي (النفسي)[4] صفة التقبل والاحترام والالتزام الأدبي. والذي اقترن بمفهوم العادة [5]، ولكي نصل إلى مفهوم تام للعرف اصطلاحاً، لا بد أنّ نستعرض أولاً مرادفات العرف، وهي العادة وعلاقته مع شيء من الأصول الفقهية حتى تُشَكَّلَ له حدودٌ واضحة للمعنى الشائع للعرف لغويا واصطلاحا وقانونياً ولكي تسهل علينا لابد من إيجاد مقارب قانوني تاريخي لهذا المفهوم. إذْ لابد أن نتتبع الجذور للعرف في الحضارات القديمة.

❖ العرف عند علماء التفسير

وردت كلمة عرف في القرآن الكريم في سبعين موضعاً وسنحاول هنا أن نقدم بعض المعاني التي تتفق مع الدراسة، ومن الجدير بالذكر أن لفظ «العرف» لم يذكر في القرآن إلا مرة واحدة، كما في قوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ

---

(1) عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، دار الرسالة، (بيروت، 2004م)، ص 121

(2) زكريا البري، مصادر الأحكام الإسلامية، دار العلم للملايين، (بيروت، 1975م)، ص 145.

(3) عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ص212.

(4) مصطفى الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، الأردن (عمان، 1999م)، ص 88.

(5) عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ص 252 – 253.

وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾[1].

يقول البغوي في تفسير العرف: «أي المعروف وهو كل ما يعرفه الشرع»[2].

ويقول الآلوسي: «وأمر بالعرف» أي المعروف المستحسن من الأفعال، فإن ذلك أقرب إلى قبول الناس من غير نكير [3].

ويقول وهبة الزحيلي: «الأمر بالمعروف وهو المعروف والجميل من الأفعال وهو كل ما أمر به الشرع، وتعارفه الناس من الخير، واستحسنه العقلاء... ويراد به ما هو معهود بين الناس في المعاملات والعادات» [4].

أما اللفظ الثاني فقد ورد بصيغة «عرفاً» وذلك في قوله تعالى: ﴿وَالْمُرْسَلاتِ عُرْفاً﴾ [5].

ويذهب البغوي في تفسير «وَالْمُرْسَلاتِ عُرْفاً» يعني الرياح أرسلت متابعة كعرف الفرس، وقيل عرفاً أي كثيراً، تقول العرب: الناس إلى فلان عرف واحد إذا توجه واحد، إذا توجهوا إليه فأكثروا هذا معنى قول مجاهد وقتادة، قال مقاتل: «يعني الملائكة التي أرسلت بالمعروف من أمر الله ونهيه، وهي رواية مسروق عن ابن مسعود» [6].

ويقول الآلوسي: في تفسير هذه الآية نصب «عرفاً» على الحال، والمراد متابعته وكان الأصل: ويشدد الآلوسي على: «إن العرف في الأصل ما ذكر، ثم كثر استعماله، فصار حقيقة عرفية، أو على أنه مفعول له على أنه بمعنى العرف الذي هو نقيض النكرة»[7]. وهو الأقرب للمعاني التي ذهب إليها أكثر

(1) سورة الأعراف: الآية 199.

(2) البغوي، معالم التنزيل، مطبعة التقدم، (القاهرة، 1349)، ج2، ص224.

(3) الآلوسي البغدادي، روح المعاني في تفسير القران العظيم والسبع المثاني، إدارة الطباعة المنيرية، تصوير دار إحياء التراث، ج16، ص213.

(4) وهبة الزحيلي، التفسير المنير، دار الفكر المعاصر، (بيروت، 1991م)، ج9، ص97.

(5) سورة المرسلات: الآية 1.

(6) التفسير البغوي، مصدر سابق، ج4، ص432.

(7) الآلوسي، مرجع سابق، ج 16، ص290.

من فقيه وقيل: «المقصود بالمرسلات هنا الملائكة المرسلة بوحي الله وأمره ونهيه بالإحسان والمعروف»[1].

أما اللفظ الثالث: للمعروف التي وردت في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾. وقوله: ﴿إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [2]. فتعني على قدر الميسرة، وفي الثانية: إذا سلمتم إلى أمهاتهم» ما آتيتم ما سمعتم لهن من أجرة الرضاع [3].

ويحدد الآلوسي، معنى هو أقرب إلى ما ذهب إليه البغوي، فيقول: أن المقصود عرفاً [4].

ويحدد الزحيلي، المعروف هنا أي: «بالتعارف في عرف الشرع من غير تفريط ولا إفراط» [5].

❖ العرف عند أهل الحديث

لقد جاء في كثير من الأحاديث ذكر العرف والمعروف بلفظه أو بمعناه. نختار منها ما رواه البخاري ومسلم كل منهما بسنده إلى عائشة، واللفظ للبخاري: «أن هنداً بنت عتبه قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلاّ ما أخذت منه، وهو لا يعلم، فقال: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» [6].

وقد فسّر ابن حجر العسقلاني، بالقدر الذي عرف بالعادة أنه يكيفهم، ونقل عن القرطبي الاحتجاج به على جَعْل العرف في الشرعيات خلافاً لمن أنكر ذلك لفظاً وعمل به معنى كالشافعي. ثم قال ابن حجر: «والشافعية إنما أنكروا العمل بالعرف إذا عارضه النص الشرعي، أو لم يرشد النص الشرعي إلى العرف».

(1) وهبة الزحيلي، التفسير المنير، ج 2، ص316.
(2) سورة البقرة: الآية 233.
(3) البغوي، مصدر سابق، ج 11، ص211.
(4) الآلوسي مرجع سابق، ج2، ص223.
(5) وهبة الزحيلي، التفسير المنير، ج2، ص364.
(6) البخاري، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج12، ص246.

ويذكر النووي الفوائد التي تؤخذ من هذا الحديث، ومنها اعتماد العرف في الأمور التي ليس فيها تحديد شرعي[1].

ويذكر تفسير العرف ومدى حجته عند كلامه على نفقة الرقيق فيقول: «وإنما يجب على السيد نفقة المملوك وكسوته بالمعروف بحسب البلدان والأشخاص سواءً أكان من جنس نفقة السيد ولباسه أو دونه أو فوقه، حتى لو قدر على نفسه تقديراً خارجاً عن عادة أمثاله، إما زهداً شحاً، لا يحل له التقدير على المملوك وإلزامه وموافقته إلاّ برضاه» [2].

---

(1) المصدر نفسه، ج12، ص246.

(2) مسلم ابن الحجاج، صحيح مسلم. ط1. مؤسسة عز الدين للطباعة والنشر (بيروت، 1987م.)ج6، ص248.

المبحث الثاني

نشأة العرف وتطوره

هناك عدة مراحل وسطى تتراوح بين القانون العرفي برمته في المجتمعات البدائية والفقه المتطور المستنير في الدولة الحديثة حتى لقد برزت في الماضي دول أو إمبراطوريات متمدنة أوشبه متمدنة كانت قوانينها إلى حد ما مدونة ومكتوبة، كما هو الحال في شرائع العراق القديمة أو في الألواح الاثني عشر الرومانية. وقد وصل التطور إلى درجة وجود سلطة تشريعية ذات طابع غير معين مخولة لجهة ما في ذلك المجتمع كالملك الذي يعتبر مقدساً أو شبه مقدس أو جمعية مؤلفة من المواطنين أو أية جمعية، أو طبقة ذات سلطة مثل مجلس النبلاء في روما. ومع ذلك فقد ظلت أسس القانون عرفية، وكان التشريع يعد أمراً استثنائياً ومرتبطاً بالتفسير الإلهي المباشر.

يعرف علماء الأنثروبولوجيا والاجتماع والقانون الأنظمة بأنها تتألف من نماذج مثالية تكيفت تكيفاً متبادلاً ويجري بموجبها تنظيم مواقف أعضاء المجتمع وسلوكهم. فالمجتمع منظمة أو كيان يتألف من أفراد. أما النظام الاجتماعي فهو تنظيم يتألف من أفكار ويمثل ترتيباً معيناً من الأدوار والأوضاع [1] المتكيفة من منظومة القيم والعادات والقصائد الدينية[2]؛ لذلك يمكن القول إن القوانين نشأت في الأساس في صورة تقاليد عرفية اشتهرت قوتها من إرادة الشعوب وفي مرحلة متأخرة دونت هذه التقاليد والأعراف في مجموعات قانونية حفظتها من الضياع وأدت إلى نشرها بين الناس [3].

لقد كانت السلطة القضائية بمعناها العرفي هي السائدة في العصور التاريخية القديمة، وقد انطلقت هذه السلطة من سلطه الأب الذي كان يتمتع

(1) زهدي يكن، محاضرات في تاريخ القانون، مطبعة كريديه، (بيروت، 1964)، ص 2.

(2) رالف لنتون، دراسة الإنسان، ترجمة عبد الملك الناشف، بيروت، (المكتبة العصرية، 1964م)، ص 32.

(3) زهدي يكن، مرجع سابق، ص 3.

بكامل الصلاحيات، فكان جميع إفراد العائلة يخضعون خضوعا تاما إلى سلطته، وكان الأب يتولى عملية التشريع الأسري والقضاء بين أفراد عائلته ومعاقبة المسيء منهم وهو يمثلهم أمام الأسر الأخرى ضمن عشيرته (1).

وما أنْ انتقلت البشرية من نظام سلطة الأب إلى سلطة العشيرة أو القبيلة المبني على أساس الرابطة الأبوية الحقيقية والقائمة على أساس أبوي وجد فيها الإنسان منسجما بعشيرته أو قبيلته ملتزماً بما تفرضه عليه من قواعد وسلوك، عرفت فيما بعد بالأعراف فكان نظامها القبلي يعبر عنه دائما بالسلطة المركزية المتمثلة في اجتماع مجموعة رجالها الراشدين القادرين على القيام بأعباء إدارة شؤون القبيلة، وكان هؤلاء الحكماء يستمدون قوتهم من الدين فصارت طاعتهم أمراً دينيا واجبا وملزما للأفراد تمكنوا من التقرير والفصل في الأمور التي تمس حياة أبناء عشائرهم وقبائلهم في أيام القتال والضرر وطلب الدية أو الثأر(2).

وقد سعت هذه المجموعة البشرية إلى بسط نفوذ قيمها وعاداتها وأعرافها التي كانت بمثابة قوانين بدائية بين أفراد مجتمعها المستقر، فوضعت لها مجموعة من القوانين البدائية حاولت فيها ضبط مجتمعها من خلال سلطته التي تقر بخلع المسيء، أو المعتدي وطرده وعدم إيوائه بين صفوف القبيلة، والاقتصاص منه بإنزال العقاب المماثل للجرم الذي قام به(3).

وقد عرّف بعض المشرعين مثل هذه الأعراف الاجتماعية بالقضاء الخاص، أو العدالة الخاصة (4). وقد ساد هذا العرف القانوني البدائي لمراحل زمنية طويلة.

لم تستمر البشرية في اعتماد قانون القضاء الخاص والقضاء العادل

---

(1) حسن النجفي، معجم المصطلحات الاقتصادية والقانونية، الدار العربية، (بغداد، 1952م)، ص111.

(2) صبيح مسكوني، تاريخ القانون العراقي القديم، (بغداد، 1971)، ص25.

(3) عبد الكريم زيدان، الوجيز في اصول الفقه، ص 252 – 253.

(4) منذر الشاوي، المدخل لدراسة القانون الوضعي، دار الشؤون الثقافية، (بغداد، م1896)، ص 69.

وذلك لقسوته، فلجأت بعد استقرارها إلى وضع مجموعة من القوانين القضائية المستمدة من عاداتها وأعرافها فرضتها عليها طبيعة ونمط الحياة المستقرة الجديدة، فقد لجأت مثلاً إلى مبدأ التصالح وكذلك اللجوء إلى التحكيم كجزء من رغبتها في تنظيم أحوالها الاجتماعية [1].

لقد كانت القواعد القانونية في المجتمعات القديمة متشابهة إلى حد ما في نشأة مصدرها وفي مراحل تطورها[2]، لاسيما أن تكوين هذه القواعد في البدء كان مستنبطاً من الأحكام الدينية الإلهية، فقد نشأت فكرة القانون، في صورتها الأولى ممزوجة بالعقائد الدينية التي كانت تسيطر على حياة الإنسان[3]، وبذلك يمكننا القول إن القانون ولد من رحم الدين، ثم تطور بعد ذلك إلى تقاليد وعادات وأعراف. وكان قضاء العرف ملزماً لهذه المجتمعات محمياً بقوة وسطوة حكماء وأمراء القبيلة، وموقعها الاقتصادي والاجتماعي، فكان القضاء العرفي بمثابة مرحلة تاريخية مهمة وضرورية [4].

ولا تخفى على أحد الأهمية البالغة للاجتماع البشري لأنه يمثل أقصى ضرورات الحياة منذ أن وجد الإنسان فوق أديم هذه الأرض، لأن هذا المخلوق كائن اجتماعي بطبعه، لا يمكنه أن يحيا ويعيش ويمارس حياته بانعزال عن غيره من الأفراد الآخرين من بني جنسه وإن اجتماعه بهم ضرورة أملتها طبيعته البشرية، فالمجتمع ثمرة طبيعته للتجانس والانسجام والتعاون بين الأفراد.

لم يكن الانسان بمنأى عن الجماعة وليس بمعزل عنهم، إذ إنه كان قد جبل بفطرته على إتباع عقائد معينة، والإيمان بوجود قوى خارقة تتحكم في وجوده وتقرر مصيره، فاهتدى بإلهامه واقتنع بوجود فكرة الالهة [5]، وإنه بمشيئتها يحيا وسط هذا الكون الفسيح. وإنه ملزم بالخضوع والإذعان إلى

(1) محمد السقا، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار المحامي، (القاهرة 1972)، ص77

(2) المرجع نفسه، ص 34.

(3) محمد السقا، مرجع سابق، ص 99.

(4) ابن خلدون، مقدمة ابن خلدون، مطبعة مصطفى محمد، (القاهرة، د. ت)، ص 87.

(5) وول ديورانت، قصة الحضارة، ترجمة: زكي مجيب محمود، طبعة الجامعة العربية، (القاهرة، 1958)، مج1، ص110.

تلك المشيئة الإلهية. وحين ظهرت في ذاته فكرة الآلة المسيطرة، تبلورت عنده المفاهيم الدينية، ومنها ظهرت نواة الفكر القانوني، وهكذا خرجت فكرة القانون الأولى من العقيدة الدينية التي آمن بها الإنسان، فتدرجت قواعدها لتنظيم نمط حياته وأنشطته، ومجمل علاقاته ببني جنسه وبدأت تلك الفكرة تتطور بتطور الإنسان ذاته، وتنمو بزيادة وعيه فتزدهر وتؤتي أكلها كلما حث الخطى في طريق التقدم الاجتماعي والاقتصادي والسياسي؛ لتصبح الفكرة القانونية في النهاية مجاميع من القواعد والنظم القانونية المتجاوبة مع فلسفة المجتمع في فكره، وعقائده واقتصادياته، وفي سياساته وأنظمة الحكم فيه.

سعى رؤساء القبائل وحكماؤها بعد فرض سلطاتهم إلى إشاعة فرضية قدسية وإلوهية سلطاتهم، وقد تمتع رؤساء الجماعات بسلطات مطلقة أساسها اعتقاد الأفراد الديني بتأليه أولئك الرؤساء، فانتقلت إلى القادة والأمراء والملوك بعد توحد تلك الجماعات وإندماجها بمراحل زمنية لاحقة تعد أكثر تطوراً، أدت في النهاية إلى تكوين الدولة [1].

وصار لكل عائلة أو أسرة إله خاص من أسلافها فضلا عن الآلهة العموميين الذين يشترك جميع أبناء الأسر ضمن المجموعة (العشيرة أو القبيلة) في تقديسهم وعباداتهم[2].

وفي هذا الجو المفعم بالعقائد الدينية خرجت فكرة القانون لدى الجماعات القديمة لينظم شؤونها وروابط علاقات أفرادها الاجتماعية، وقد تطلب ذلك نشوء أجهزة اختصاصها المحافظة على امتيازات هذه الطبقات، وكان من الطبيعي أنْ تضع لها أوامر المنازعات وإنهاء الخصومات بين الناس لإشاعة الاستقرار والأمن وبسط النفوذ بين الأفراد. وكان رئيس الجماعة بما يتمتع به من سلطات وصفات دينية يستعين بالكهنة ورجال الدين الآخرين الذين يزعمون للناس بأنهم مبعوثو إرادة الآلهة، ولذلك فهم حين يقضون

---

(1) هشام علي صادق، تاريخ النظم القانونية، الدار القانونية، (بيروت، 1980)، ص124 - 125.

(2) صوفي أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، القاهرة، 1976 م: ص32.

فإنهم يدلون بأحكامهم في الخصومات ناسبين إياها إلى الآلهة [1].

وأحياناً يعمل أولئك القضاة أو المحكمون (العرافة) تحت إشراف رؤساء القبائل، وأحياناً أخرى يكون أولئك الرؤساء أنفسهم قضاة ومحكمين وكهنة فلذلك اختلطت القواعد القانونية بالقواعد الدينية، والأحكام القانونية ارتدت أثواباً إلهية فكانت الجريمة على وفق تلك المفاهيم تعد خطيئة دينية، وعقاب المجرم صفة للتطهير من دنسها وتكفير له عما ارتكبه من آثام[2]، كما إن القواعد المستمدة من الأعراف الاجتماعية تتخذ شكلاً دينياً، بل حتى محتواها يكون منسجماً مع الدين وما نسبة هذه القواعد إلى الأحكام الدينية إلا تعبير عن الحالات والمشاعر النفسية والضرورات الاجتماعية[3]، وفي ذات الوقت فإن الجماعات القديمة كانت عاجزة عن إدراك كون العادات والتقاليد المتواترة يمكن أنّ تصنع قواعد عرفية لتنظيم السلوك الاجتماعي أي قواعد قانونية؛ لأنّ الناس كانوا قد نظروا للقانون نظرتهم للظاهرة الطبيعية الأخرى ولأنهم يجهلون مصدر تلك الظاهرة فقد نسبوها إلى القوى غير المنظورة التي تتحكم بالكون أي الآلهة[4].

كما أن الكهنة أكدوا هذه المزاعم للناس عامة فأشاعوا بأن أحكام القانون تعود إلى مصادر يتحكمون بها من اجل فرض طاعة القانون وإلزام الناس باحترام قواعده[5]، ولذلك كان الناس يحتكمون إلى القضاء بمعناه العرفي الذي عبر عنه رجال الدين في أغلب الأحيان في أحكامهم لفض المنازعات، والحكم في الخصومات الناشبة بينهم منذ أواخر عصر القوة، وهو اتجاه استقر بعد أن امتهن الإنسان الزراعة بشكل جدي وتعلم الحرف اليدوية والمهنية المرتبطة بالزراعة فأصبح الاحتكام لدى رؤساء الجماعات بوصفهم مختاري العناية الإلهية أو لكونهم أحاطوا بالكهنة ورجال الدين.

---

(1) ثروة أنيس الأسيوطي، نظام الأسرة بين الاقتصاد والدين والجماعات البدائية، (القاهرة، 1966م)، ص27.

(2) صبيح مسكوني، مرجع سابق، ص 39.

(3) هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 131.

(4) المرجع نفسه، ص 35.

(5) المرجع نفسه، ص 35.

لم يختلف الأمر كثيراً بعد ظهور الدولة كنظام سياسي، إذْ ظل الناس يحتكمون إلى رجال الدين وعلى رأسهم الملك؛ اعتقاداً منهم بأهمية وقدسية المكانة العليا لرجال الدين في المجتمع، التي تعد هذه المكانة عاملاً مؤثراً في الاحتكام إليهم، واتقاءاً لغضب الآلهة بوصفهم وسطاء بين الإلهة والناس؛ ولأنهم من دون غيرهم يعرفون دقائق الطقوس وأسرار الشعائر الدينية، لاسيما وأن رجال الدين حرصوا على كتمان أسرار تلك الطقوس والشعائر واحتفظوا بها لأنفسهم؛ كي يتميزوا بمعرفتها عن الآخرين؛ ولنتأكد من خلال معرفتهم بها مكانتهم وضرورتهم وأهميتهم في المجتمع وحاجه الناس إليهم، ولم يميز الأفراد ولا حتى رجال الدين أنفسهم بين شعار العبادات والطقوس التي تتبع عادة خلال القيام بالتصرفات والأحكام القانونية، مما أدى إلى اختلاط أحكام القانون بالدين[1]، ولاسيما أوامر النهي والردع والزجر وما يمت إلى العقوبات بصلة.

وكان من النتائج التي ترتبت على الخلط ما بين القانون والدين تكوين انطباع حول إجراءات التقاضي، وتنفيذ الأحكام التي تصدرها المحاكم فالبينات التي كانت تقدم للقاضي في إثبات وقائع الجريمة، أو أدلة إثبات براءة المتهم تحدد بتدخل الآلهة إلى جانب البريء أو ضد المجرم[2]؛ لذلك كانوا يعرضون المتهم إلى عمليات اختبارية بما يعرف باختبار المحنة، وهذه المحنة تقوم على الدور الذي تلعبه المصادفة فيتحدد بموجبها مصير الشخص الذي يوجه إليه الاتهام [3].

إن تنفيذ الأحكام التي يصدرها رجال الدين القضاة يتم بوسائل طابعها ديني، والأحكام نفسها تستند على قواعد دينية أو عرفية اجتماعية كانت سائدة بين الناس، ولا يسري أي حكم يصدره رجل الدين في قضية على القضايا الأخرى؛ لأنّ كل دعوى جزائية أو مدنية يصدر فيها حكم يكون مختلفاً عن حكم آخر في منازعة أخرى، فالأحكام كانت ذات صفة فردية غير

---

(1) هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 131.

(2) صبيح مسكوني، مرجع سابق، ص 240.

(3) ابراهيم عبد الكريم الغازي، الفكر القانوني الإسلامي بين أصول الشريعة وتراث الفقه، مكتبة مدبولي، (القاهرة، د. ت)، ص 44.

أنها في مرحلة لاحقة صارت عرفاً، ثم اتخذت صفة العموم بعد أن أخذت الوقائع تتكرر؛ والقضايا تتشابه، فتشابهت الأحكام أيضاً، ولما كان مصدر تلك الأحكام واحداً لذلك صيغت بأقوال مأثورة فاكتسبت بذلك صفة التجريد وبمرور الزمن صارت تقاليد قانونية مصدرها الأساس العرف الاجتماعي، وكان جزءاً منها هو الدين[1].

لقد مَرَّتْ الأحكام الالهية بمراحل عدة إلى أن أصبحت تقاليد عرفية، ومن ثم استحالت بعد ذلك إلى شرائع مكتوبة، وبتقدم المجتمعات وميلها إلى الاستقرار ظهرت الحاجة إلى شئ من الثبات في الأحكام القانونية، فتوحدت صور الحكم الإلهي في القضايا المتشابهة، وقد صيغت هذه الأحكام بعبارات موجزة محددة يسهل على الذاكرة استيعابها وبمرور الزمن نسي الناس الأحكام الأصلية بحذافيرها، واستعاضوا عنها بهذه الصيغ الموجزة، ويطلق على هذه الصيغ القانونية اصطلاح العادات الدينية، وقد بقيت هذه القواعد الدينية حتى بعد أن توحدت الحالات المتشابهة فاكتسبت صفة العموم؛ مفتقرة إلى عنصر الجزاء الدنيوي كرادع لمن يخالفها؛ لان اعتقاد الناس أنها مقدسة وعقابها ديني مقدس[2].

إن العرف يتسم بصعوبة التثبت من وجوده في كثير من الأحيان، فهو ينشأ في ضمير الجماعة، وهو يتطلب شروطاً عدة لميلاده، كأنْ يكون قديماً مستقراً وثابتاً، وأن يشعر الناس بضرورة احترامه، وقد يثور الشك حول توافر تلك الشروط، أو أحدها، ومن ثَمَّ يثور الشك حول وجود العرف ذاته، كما أن من شأن صعوبة التثبت من وجود العرف أن تقوم المنازعات بين الناس بسببه، وهكذا فبدلاً من أن يؤدي العرف وظيفته في حسم الخلافات بين الناس، يكون سبباً في قيام المنازعات بينهم. وقد أدت صعوبة التثبت من وجود العرف بالطبقات الحاكمة في المجتمعات القديمة، مدنية كانت، أو دينية، إلى أن أدعت احتكار العلم بالقانون دون الرعية، الأمر الذي سمح لها أن تطبق عليهم القواعد التي تتفق مع هواها، وكان من نتيجة ذلك أن ثارت

---

(1) ابراهيم عبد الكريم الغازي، ص45.

(2) هاشم الحافظ، تاريخ القانون، دار الحرية للطباعة، (بغداد، 1980م)، ص38.

بعض الشعوب القديمة ضد حاكميها طالبة إظهار القانون بتدوينه[1].

ومن أجل تتبع الجذور التاريخية للعرف وتطوره، ولأنه ظهر في كل الحضارات القديمة وأثر فيها تأثيراً فاعلاً واعتمد مصدراً رئيساً لقوانينها الوضعية فيما بعد فسنتناول التعريف بالعرف كقاعدة قانونية في الشرائع القديمة.

1 - العرف كقاعدة قانونية في الشرائع العراقية القديمة:

إذا ما توغلنا في أعماق التاريخ لتأصيل نشوء القانون في العراق القديم نرى أنه من الصعب إيجاد حد فاصل مابين حكم الدين وحكم القانون، وشأن العراقيين في ذلك شأن الأمم القديمة الأخرى، وإن كان للعراقيين قدم السبق في معرفة القواعد القانونية؛ وذلك لأن اعتقاد سكان بلاد وادي الرافدين السائد في حينه ينصب على أن القانون لم يكن في الكثير من الحالات سوى الدين مطبقاً على حياتهم الأسرية، وعلاقاتهم الاجتماعية وشؤونهم السياسية [2]، وهم يعظمون الدين، ويقدسون الآلهة ويحرصون على خدمتها وطاعتها والامتثال لأوامرها وإن كل تكويناتهم البشرية، وممتلكاتهم هي ملك للآلهة قبل كل شيء، وقوة المعتقدات الدينية والتمسك بها أعطت الدين دوراً فعالاً ومؤثراً في تنظيم المجتمع العراقي القديم ولما كانت غاية قواعد الدين ضبط سلوك الأفراد ضمن الأسرة والجماعة بما كانت تشتمل عليه تلك القواعد من أوامر ونواة وبما تنظمه من ثواب وعقاب تهدف بوجه عام إلى مصلحة المجتمع ومن خلالها مصلحة الأفراد ولاسيما ذوي المراكز الاجتماعية المرموقة كرؤساء القبائل والكهنة [3].

والعراقيون القدماء بوجه عام، عرفوا التنظيم فكانوا أكثر تحضراً من غيرهم من الشعوب الأخرى في تلك الحقب الزمنية، ولعل الوازع الديني، هو الذي رسم لها تلك الخطى الواثقة فكانت تلك الصروح الحضارية التي

---

(1) عبد الفتاح عبد الباقي، القانون والحياة، دار العلم، (القاهرة، 1961م)، ص27 – 28.

(2) عبد المجيد عباس، أصول القانون، مطبعة المعارف، (بغداد، 1947م)، ص 153.

(3) فاضل عبد الواحد علي وعامر سليمان، عادات وتقاليد الشعوب القديمة، جامعة الموصل، (الموصل، 1979)، ص44.

شيدوها، فضلاً عن إنّ الين له قيمة كبيرة. وعلى الرغم من وجود بعض القواعد الوضعية المنفصلة عن الدين إلا أن الدين بقى مصدراً مهماً في الكثير من القواعد القانونية الوضعية إن لم يكن مصدراً قائماً بذاته ولاسيما في تنظيم الشؤون الأسرية والإرث [1].

ولأهمية الدين ودوره الفاعل في المجتمع العراقي القديم في مختلف أوجه الحياة العامة، فقد تمتع كهنته بمكانة مرموقة، وكان له تأثير كبير في حياة الناس ونستدل على ذلك من أن أغلب الوثائق القديمة المكتشفة هي ذات طابع ديني اعتمدت أحكامها على الأعراف الاجتماعية والآراء الشخصية للكهنة ورجال الدين[2]، حيث قالوا إنها منسوبة إلى الآلهة التي يعبرون عنها ويمثلونها في الأرض، وقد كان المحكم الكاهن أول قاضٍ يعرض رأي الآلهة في كل نزاع على حدة، وبتكرار وقوع الحوادث التي أصبحت أعرافاً قانونية فقد ترتب على ذلك قيام القضاة بمراعاة أحكامهم ومطابقتها بما صدر من أحكام وقرارات قضائية سابقة، وبتكرار هذه الإجراءات القانونية كانت حصيلتها مجموعة من السوابق القضائية التي أصبحت من مصادر القانون عرفاً، وبعد ذلك تشريعاً[3].

لقد تطورت الأحكام الإلهية في مراحل، إلى أن أصبحت تقاليد عرفية، ومن ثم استحالت بعد ذلك إلى شرائع مكتوبة، وبتقدم المجتمعات وميلها إلى الاستقرار ظهرت الحاجة إلى شئ من الثبات في الأحكام القانونية، فتوحدت صور الحكم الإلهي في القضايا المتشابهة؛ وقد صيغت هذه الأحكام بعبارات موجزة محددة يسهل على الذاكرة استيعابها، وبمرور الزمن نسي الناس الأحكام الأصلية بحذافيرها، واستعاضوا عنها بهذه الصيغ الموجزة، ويطلق على هذه الصيغ القانونية اصطلاح العادات الدينية، وقد بقيت هذه القواعد الدينية حتى بعد أن توحدت الحالات المتشابهة فاكتسبت صفة العموم؛ مفتقرة إلى عنصر الجزاء الدنيوي كرادع لمن يخالفها، لان اعتقاد الناس أنها مقدسة،

---

(1) فاضل عبد الواحد وعامر سليمان، مرجع نفسه: ص39.

(2) سامي سعيد الأحمد، المعتقدات الدينية في العراق القديم، دار الحرية، (بغداد، 1988م)، ص6

(3) هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 135.

وعقابها ديني مقدس[1].

وبعد أن أخذت الحوادث المتماثلة، والمنازعات المتشابهة تتكرر صار الحكم الملهم للفصل في تلك الخصومات متماثلاً، أو متحداً مع كل نوع من أنواع تلك الحوادث والمنازعات، ومن تكرار الحوادث المتماثلة تكونت عادة عامة للحكم في كل نوع منها، وهذا أدى إلى تكوين شبه عرف عام يصح تطبيقه على تلك الحالات المتماثلة، ولكن مرجع تلك العادة، أو العرف لا يزال من وحي الآلهة وإرادتها، وتقدم الأفكار البشرية ضعف اعتقاد الناس بصفة الملوك الإلهية، كما أن ظهور عدد من الملوك لا يمتازون عن سائر رعاياهم بشئ من القوى المادية، أو الفكرية سبب زوال احترامهم الشخصي، وبعد أن كثرت أعمال الملك أصبح لزاماً تطبيق قانون تقسيم العمل، وهكذا أعطيت الواجبات ذات الصفة القدسية كالقضاء إلى طبقة رجال الدين أو إلى قبيلة؛ أو عائلة تتمتع بصفة التقديس، وهذا أدى إلى تطوير الأحكام الإلهية إلى قواعد عرفية، وقد كان لثورة طبقات الأشراف على ملوكهم بسبب تعسفهم برعاياهم، واستبدادهم بالحكم دوراً بارزاً في ذلك التطور والتغير[2].

وقد أدى ازدهار الزراعة وظهور نظم قانونية جديدة كالبيع، والإيجار، وتبلور نظام الدولة على أثر إضعاف رؤساء العشائر، والقبائل، وانتقاص سلطات رجال الدين، وانفصال السلطة الدينية عن السلطة السياسية، وتطور الفكر السياسي إلى أن تتجرد الأحكام الإلهية من صفتها الإلهية، وينفصل جزاؤها الديني عنها شيئا فشيئاً، كما أدت هذه الأسباب إلى قيام الأفراد باحترام مجموعة القواعد التي تعارفوا على تطبيقها في معاملاتهم؛ وذلك خشية الجزاء الذي توقعه السلطة العامة عليهم في حالة مخالفتهم إياها، وهذه القواعد البعيدة في أصلها عن الأحكام الدينية كونت التقاليد العرفية، وتبع ذلك حلول القضاء المدني محل القضاء الديني الذي كان يقوم به الكهنة[3]

ولعله من المفيد أن نذكر في هذا الباب وثيقة مهمة هي عبارة عن

---

(1) هاشم الحافظ، مرجع سابق، ص38.

(2) عبد الرحمن البزاز، الموجز في تاريخ القانون، بغداد، (مطبعة الرشيد، 1949م)، ص45 - 46.

(3) مسكوني، مرجع سابق، ص42 - 43.

خلاصة محاكمة في جريمة قتل ترجع في زمنها إلى مطلع ما يعرف في تاريخ العراق القديم بالعصر البابلي القديم (بداية الألف الثاني ق. م) قبيل زمن حمورابي (1792 - 1750ق. م)، فقد أحيلت القضية أولا إلى الملك بوصفه أعلى سلطة قضائية فأحالها الملك بدوره إلى (مجلس) المدينة أو محكمتها في مدينة نُفر[1]، فنظرت فيها وأصدرت قرارها المدون الذي سجل في لوح الطين باللغة السومرية.

وقد استمر هذا العرف في القضاء مدةً طويلة، الأمر الذي يسوغ لنا أن نستنتج نشوء نوع من الاستئناف أمام المحاكم العليا التي كان أمر تأليفها منوطاً بيد الملك، وله السلطة العليا في شؤون القضاء، وقد استمر ذلك العرف السرجوني واعتمد في أحكام بعض المواد في شريعة مملكة (أشنونا)[2] وشريعة حمورابي، ومنها ما يتعلق بحق الملك في العفو عن الجاني المحكوم عليه بالموت [3].

ويمكننا أن نستنتج من الإشارات التاريخية المتعلقة بالقضاء العرفي أنَّ القاضي كان أقرب ما يكون إلى المتهن أو المحترف، أكثر من كونه موظفاً فقد كان القاضي يتصف بالحنكة والخبرة والإدارية، ولعل أن بعض الذين تسنموا مهمة القضاء كانوا من طبقت الكهنة والكتبة المتطلعين بشؤون المعرفة ولاسيما شؤون القانون والعرف القانوني [4].

ويبدو أن فترة شرعية الأعراف في التقاضي لم تبقِ القوانين السائدة إذْ إن المتتبع لتطور شؤون القضاء في العراق القديم في عصوره كافة يجد انتقالاً تدريجياً من القضاة الكهنة إلى القضاة المدنيين (العلمانيين)، ويتضح هذا الانتقال بوجه جلي في العصر البابلي القديم (2006 - 1595 ق. م) ولاسيما في عهد الملك حمورابي (1792 - 1750ق. م)، الذي اهتم بمجرد وصوله إلى الحكم بـ «إقرار العدالة» وعمل طوال عهده على جمع «قرارات الإنصاف»، وأمر بتدوينها على الحجر، وبها أعلن قواعد العرف المجددة والقوانين السومرية

---

(1) نفر: مدينة عراقية تقع بقاياها بالقرب من مدينة عفك في محافظة الديوانية.

(2) طه باقر، المقدمة، ص 73.

(3) شريعة أشنونا المادة: 58 من، وشريعة حمورابي المادة: 129.

(4) طه باقر، المقدمة، ص73.

القديمة لتطبيقها على المجتمع الجديد الذي امتزج فيه الأموريون بأهالي سومر وأكد الأقدمين. إن أهم ما يميز عهد حمورابي شريعته المعروفة بـ (شريعة حمورابي)، أو قوانين حمورابي وفي عهده بلغ التحول مرحلة فاصلة في ظهور المحاكم المدنية المحدودة ونقل معظم السلطات القضائية والمدنية العرفية التي كانت سائدة من المعبد إلى القصر. لقد تميزت شريعة حمورابي عن غيرها من القوانين القديمة بأن أحكامها كانت علمانية وليست دينية إضافة إلى أن صياغتها جاءت بأسلوب علمي [1].

أشرنا فيما تقدم أن القضاء كان يمارس من قبل الكهنة والمجالس العامة، إلا أن تطورا جوهريا حصل للقضاء بعد قيام حمورابي بتوحيد دويلات العراق بإمبراطورية واحدة[2] حيث فصل حمورابي السلطة القضائية عن السلطة الدينية وعهد بالسلطة القضائية إلى قضاة مدنيين حلوا تدريجيا محل القضاة الكهنة ورجال الدين حتى عم الطابع القضائي المدني على الصفة الدينية للقضاء فقد عهد بأعمال القضاء إلى رجال الإدارة من ولاة الأقاليم يمارسونه إلى جانب أعمالهم الإدارية. كما أن حمورابي كان أحيانا يمارس القضاء بنفسه لضمان تنفيذ قوانينه [3].

ومن الجدير بالذكر أن الاختصاص القضائي لكهنة المعبد والقضاة المدنيين لم يسلب المجالس العامة مثل مجلس شيوخ المدينة ومجلس أحرار المدينة كل اختصاصاتها القضائية حيث مارست في عهد حمورابي اختصاصات قضائية منها النظر في دعاوى التشكي من القضاة الذين يحرفون القرارات القضائية التي قرروها سابقاً وبعد تسجيلها على رقم وألواح طينية[4].

كان شيوخ المدينة أو (المشيخة) بالمصطلح البابلي (شيبوت آلم) أو العارفين يجلسون مع القضاة للتقاضي في بعض الحالات التي يرجح أنهم

---

(1) مسكوني، مرجع سابق، ص107 – 108.

(2) عبد المجيد الحفناوي، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، (الإسكندرية، د. ت)، ص130

(3) عبد المجيد الحفناوي، مرجع سابق، ص192.

(4) محمود عبد السلام زناتي، القانون الآشوري، جامعة عين شمس، (القاهرة، 1972م)، ص104.

كانوا فيها بصفتهم محلفين أو خبراء، وفي الحالات الأخرى نجدهم يكونون وحدهم أو مع عمدة المدينة (رابيا نم) محكمة خاصة بالمدينة. وربما كان وجودهم بمثابة مراقبة لأداء المحكمين وضمانة للمتخاصمين [1].

وتنوعت العقوبات الواردة في أحكام الشرائع القديمة في حضارة وادي الرافدين، على أن الذي نلحظه بوجه عام إن شريعة حمورابي تأخذ بمبدأ القصاص أو مبدأ (العين بالعين والسن بالسن)، وسريان هذا العرف على معظم الاعتداءات الواقعة على الجوارح والأعضاء في حين أن الشرائع الأخرى، باستثناء القوانين الآشورية المتسمة بصرامة العقوبات فيها، تأخذ بمبدأ (الدية) أو (التعويض) المالي كعرف قضائي متعارف عليه قديماً.

ولقد وجد الباحثون أن القواعد القانونية القديمة كانت مستمدة بالدرجة الأولى من الأعراف القضائية البدائية وأولها إصلاحات الملك (أوروكاجينا) ثم قانون (أور – نمو)، وقانون لبت – عشتار، وقانون أشنونا [2] وأخرها قانون حمورابي[3] إنما هي مستمدة من عادات وتقاليد قانونية قديمة أو أنها جاءت من (عرف) قانوني عميق الجذور مؤسس على أقضية المحاكم والقضاة، فكانت هذه الأحكام بمثابة سوابق قضائية اكتسبت بمرور الزمان صفة القانون الرسمي بعد تقنينها وصياغتها بهيئة مواد قانونية وأن الإرادات الملكية في القضايا الجدية أو في تفسير بض الأحكام السابقة وتحويرها تعد كذلك من قبيل هذا المصدر أي بمثابة (المصدر الشعبي) أو عرفي [4].

---

(1) طه باقر، الشرائع والتنظيمات القانونية، ص 57.

(2) إصلاحات أوروكاجينا هي إصلاحات اجتماعية مدونة ترجع في تاريخها إلى حاكم المدينة السومرية لجش (2378 – 2370ق. م) وقد كان هذا الإصلاح موجها للقضاء على مساوئ الأزمان القديمة. ويعود قانون (أور – نمو)إلى مؤسس سلالة أور الثالثة الملك (أور – نمو 2113 – 2095 ق. م)، وينسب قانون لبت – عشتار إلى خامس ملوك سلالة أيسن الملك لبت – عشتار (1934 – 1924ق. م). ويرجع قانون أشنونا (1900 – 1850ق. م) إلى مملكة أشنونا.

(3) سادس ملوك سلالة بابل القديمة وضع قوانين المعروفة بحدود عام (1750 ق. م) والمكنون عن 282 مادة والتي تعد من انضج التشريعات في التاريخ القديم

للمزيد: محمد طه ألأعظمي، حمورابي، رسالة ماجستير غير منشورة، (بغداد، 1986)

(4) فوزي رشيد، الشرائع العراقية القديمة، ط1، دار الحرية للطباعة، (بغداد، 1973)، ص671.

2 - العرف كقاعدة قانونيه في القوانين المصرية:

لقد كان زمام أمور الحكم والقضاء في عصور المملكة القديمة (3400 - 2800 ق. م.) في أيدي الطائفة من أمراء الأقاليم، وقد جرت العادة أن يكون أمراء الأقاليم كباراً لكهنة الإله الرئيسة، وقد بقي النظام السياسي في مصر منقسما إداريا إلى (بيتين) أي: وجهين وهما: الوجه القبلي، الوجه البحري وكانت جميع أملاك الدولة من الوجهة النظرية تتقسم إلى وجهين وكان يقوم على رأس الدولة الموحدة منذ عصر مينا (2880ق. م) ملك واحد[1].

وفي الأسرة الثامنة عشرة (1570 - 1080 ق. م) ظهرت شخصية الوزير في الوجهين القبلي والبحري وتعد هذه الشخصية الثانية بعد الملك، وكان الوزير دائماً يحتل منصب (كبير القضاة). في تلك العهود كانت القوانين المدنية والجنائية غاية في الرقي كما كانت قوانين الملكية والميراث منذ أيام الأسرة الخامسة قوانين مفصلة ودقيقة[2].

وكانت معاملات البيع والشراء تجري وفق عقود خاصة. وقد ظهر من ملوك مصر القديمة من اهتم بتدوين القوانين وأشهرهم الملك (بو كخوريوس) الذي حكم بحدود (720ق. م) وهو احد ملوك الأسرة الرابعة والعشرين، وقد ذاعت شهرته بسبب القانون الذي يعرف باسمه وأراد من إصداره جمع أحكام العرف السائد في عصره وتشريعها، بل إنه عمل على تهذيبها وتطويرها لتصبح أكثر ملاءمةً للحياة الاجتماعية في عصره وقد تأثر هذا القانون بشريعة حمورابي شكلاً وموضوعاً ويعد هذا القانون من أرقى ما وصل إليه القانون المصري القديم، وبقيت أحكامه مطبقة طوال العصر البطلمي وشطراً من العصر الروماني[3].

لقد كانت الأحكام العرفية هي الأحكام السائدة في محاكم مصر القديمة آنذاك، وقد كان القضاء العرفي عند أهل مصر، متحققاً من خلال

---

(1) أدولف أرمان وهرمان رانكة، مصر والحياة المصرية، ترجمة عبد المنعم أبو بكر محرم كمال، دار النهضة العربية، (القاهرة، د. ت)، ص78.

(2) ول ديورانت، مرجع سابق، ص96، 97.

(3) هاشم الحافظ، مرجع سابق، ص44.

إدارة الدولة بوجهيها القبلي والبحري اللذين كانا يداران من قبل عشرات العظماء والوجهاء المشهود لهم بالخبرات والمعرفة، ويبدو أن هؤلاء الحكام كانوا بمثابة الموظفين القضائيين وإلا داريين فكانوا قضاة ورؤساء مناطق في نفس الوقت [1]، وقد سُمي هؤلاء الموظفين بأسماء عديدة حسب نوع الوظيفة المكلفين بها فقد سموا بكتاب القضاء، وكتاب العدول والذي يشبه فيه عمل كتاب العدول في هذه الأيام، فبصفتهم قضاة كانت لهم وظائف ككهنة، وبصفتهم قضاة كانوا كهنة (الماعت) أي آلهة العدل [2].

يتفق الباحثون من أن الإدارة العليا للقضاء في مصر كانت مركزية يقوم على رأسها كبير القضاة. وقد وجدنا إن القضاة العرفيين أو المحكمين يتولون التحقيق شخصياً في قضايا الدولة السرية ضد أعضاء بيت الملك ولقد وجدوا إن السلطة القضائية الشعبية في الحضارة المصرية القديمة متعددة المجالس وكان الحكم القضائي فيها منحصراً في مجالس عدة [3].

ويلاحظ أن رؤساء الأقاليم ومستشاريهم من المحكمين في المقاطعات منذ عهد الأسرة الرابعة كانوا يحملون لقب (قاض) مضافاً إلى وظيفة حاكم المقاطعة، فكان الواحد منهم يعرف بالقاضي أو العارف أو حاكم المقاطعة [4]، إما مدن الوجه البحري التي لا يحكمها أمراء، والتي كانت حكومات مستقلة تتألف كل منها من عشرة رؤساء منها نظام قضائي خاص استمد مشروعيته من الأعراف والعادات والتقاليد الاجتماعية.

كما وجدنا أن القضاء البدائي قد تطور إلى محكمة تسمى محكمة (السراة) أو العارفين ثم ما أن جاءت الأسرة الرابعة حتى حل محل لقب القاضي إداري أخر سمي (مدير القصر الكبير)، وفي زمن الأسرة الخامسة وجدت المحكمة العليا للدولة، وتسمى محكمة الستة العليا (حت – ورت – سو) وهذه المحكمة كانت قد حلت محل المحكمة الكبيرة وحمل رئيسها لقب مدير محكمة الستة العليا (أمر – حت – ورت – سو) لكن ظل الوزير يمثل السلطات

---

(1) أدولف أرمان وهرمان رانكة، مرجع سابق، ص 80.
(2) أدولف أرمان وهرمان رانكة، ص 81.
(3) سليم حسين، مصر القديمة، مطبعة كوثر، (القاهرة، د. ث)، ج 2، ص 76.
(4) المرجع نفسه، ص 39 – 40.

القضائية العليا والتي تمثل السلطة الملكية [1]. إلا أن هذا الأمر لم يستمر إذْ سرعان ما وجدنا نوعاً من التوسع للسلطات القضائية الشعبية إذْ تحولت الصلاحيات إلى حاكم المقاطعة (عزمر) وأصبحت تنحصر في سلطة قضائية على السكان الذين يحكمهم والذي كان يرأس المحاكم القضائية المختلفة [2]، لكن ما أن بدأ القضاء الشعبي في الحضارة المصرية يتوسع حتى أصبح لكل مقاطعة محكمة محلية وكان حاكم المقاطعة هو الذي يرأسها (حت - ورت) وأصبح حاكم القضايا المدنية يلقب (بمدو رخيت) أي: (قاضي المدنين)، وهذا العمل أدى إلى توحيد نظام القضاء في المملكة المصرية القديمة.

وقد حددت الوثائق الأثرية كثيراً من المهام إذْ وصفت لنا كيفية إجراء المحاكمة واختصاصات محكمة السراة التي كانت تشمل قضايا العقار والملكية والسرقة والمعاملات التجارية[3]، وقد عرف أن بعض عقوبات هذه المحاكم هي الضرب والحبس ولدينا كثيرٌ من المعلومات تدل على وجود عقوبة لجريمة السرقة خاصة [4]، ويبدو أنه بعد عهد الأسرة السادسة وحتى الأسرة السابعة ظهرت فيها بعض المراسيم القانونية لاسيما مرسوم الملك (دمز- باتادي) ولكن أغلب الباحثين يؤكدون إن تدهوراً ما قد لحق بالسلطة القضائية الشعبية في مصر وذكر من أن سبب ذلك يعود إلى تفتت وحدة البلاد [5].

من هنا نجد أن القضاء العرفي في حضارة مصر القديمة قد اشترك في بعض سماته مع سمات القضاء العرفي في المجتمعات العراقية القديمة بمقدار انعقاد زمام الأمر في تحقيق العدل في طبقة معينة من الحكماء أو العارفين ثم انتقل بعدها إلى الحاكم وإلى سلطة الملك الكاهن ثم إلى سلطة رئيس المقاطعة الذي يلقب بمدير محكمة العدل (التي أسموها محكمة السراة) ثم انتقلت بعد ذلك إلى سلطة مجلس المقاطعة وكانت محكمة السراة تشكل من كل من الملك ومجالس الثلاث مستشارين ووزير وكبار الملاك ورؤساء

---

(1) المرجع نفسه، ص 45.
(2) سليم حسن، مرجع سابق، ص 40.
(3) المرجع نفسه، ص 65.
(4) المرجع نفسه، ص 65.
(5) أدولف أرمان وهرمان رانكة، مرجع سابق، ص 79.

المقاطعات، ثم وجدنا أن القضاء أخذ يتوسع شيئاً فشيئاً لتستقل بعد ذلك سلطة المجالس القضائية في المقاطعات.

إن الملاحظة التي يمكن تثبيتها على طبيعة القضاء الشعبي في مصر من خلال سلطاته الثلاث المتمثلة في سلطة الملك، وسلطة حاكم المقاطعة، وسلطة المجالس الشعبية المحلية أن الأحكام الملكية الفردية تحولت إلى مواقف قضائية، فكل قضية كان يحكم فيها كانت تأتي باجتهاد يقال له (سابقة) وأن ما يقرره الملوك ككهنة ورجال دين، وحكام مقاطعات، وكذلك المجالس القضائية الشعبية المحلية من أحكام، وما تأتي به تلك الأحكام من اجتهادات جديدة، تكون ملزمة، وواجبة الإتباع. وكان رؤساء الحكومات المحلية (حكام المقاطعات) يتمتعون بنفوذ يزداد كلما ضعف نفوذ الحكومة المركزية، ونجدهم يسجلون الأحداث الهامة مقرونة بأعوام حكمهم لا بسني حكم الملك كما هي العادة [1].

3 - العرف كقاعدة قانونية في الحضارة الهندية:

لقد كان القضاء الشعبي عند الأمم الأخرى يتخذ أشكالاً مختلفة، فالقضاء في الحضارة الهندية كان عبارة عن تعاليم أخلاقية أكثر منها شرائع وقوانين إلاّ أنَّ سلطة الملك المطلقة من الوجهة النظرية المحدودة عملياً، وسلطة مجلس الشورى التي كانت قد ظهرت في زمن حكم الملك بوذا (ت 483 م)[2]، ومجيء «تشاندر جوبتا» وقد كان مجلس الشورى يشرع للناس وينظم أمورهم الفردية والجماعية، فكان أعضاء هذا المجلس على رأي «سترابو» يتميزون بخلق سام وحكمة عالية[3]، وكان يشرف على تطبيق هذه الشرائع الشعبية رؤساء محليون في القرى، ومجالس مركزية قوام الواحد منها خمسة رجال في المدن والأقاليم والمناطق، أما في العاصمة فكان يتولى هذه الأمور المجلس الملكي بوصفه محكمة عليا ويشرف عليه الملك بنفسه. والملاحظ أن أحكام

---

(1) لمزيد من التفصيل فيما يتعلق بإدارة البلاد المصرية. انظر:
سير و. م فلندرز بتري، الحياة الاجتماعية في مصر القديمة، ترجمة حسن محمد جوهر وعبد الحليم، الهيئة المصرية لصناعة الكتاب، (مصر، 1975)، ص104.

(2) ول ديورانت، مرجع سابق، ج 3، ص 17.

(3) المرجع نفسه، ص 98.

وقرارات هذه المحكمة لا استئناف على قراراتها ولا نقص لحكمها، وكانت العقوبات صارمة وكان من صلاحيتها إصدار قرارات ببتر الأعضاء والتعذيب حتى الموت، وهي تقوم عادة في تجريم المجرمين على مبدأ العين بالعين، والسن بالسن وهو مبدأ كان بمثابة مشترك قانوني في كثير من الحضارات[1].

4 - العرف كقاعدة قانونية في الحضارة الصينية:

كانت الإدارة المحلية في القرى الصينية والتي كان حكمها حكماً فردياً بيد رؤساء العشائر وكانت محاكم القرى المنتشرة في هذه القرى تنعقد جلساتها بإشراف زعيم منهم ترشحه الحكومة، وكان الناس يفضلون أن تحكمهم عاداتهم وتقاليدهم وعليهم أن يسووا نزاعهم بالتراضي خارج حدود القضاء الرسمي للدولة أي في حدود القضاء المحلي وكان القضاء الرسمي المتعارف عليه يجنح إلى عقوبة التعذيب لكي يقر الفرد بالجريمة ويدلي باعترافه ويلجأ في بعض الأحيان إلى قص الشعر ويليه الضرب ثم النفي من البلاد ثم الإعدام. أما إذا كان المتهم ذا فضائل غير معهودة أو كان من طبقة راقية سمحوا له بالانتحار وكانت العقوبات تخفف أحياناً تخفيفاً كريماً، وسرعان ما تحول القضاء الشعبي في الصين إلى القضاء الرسمي للدولة بعد أنْ وصلت الدولة إلى مرحلة الدولة الموحدة فصار الحكم مركزياً [2].

5 - العرف كقاعدة قانونية عند اليونانيين:

كانت القوانين في نظر اليونانيين عادات مقدسة ارتضتها الآلهة وكان جزءاً من واجباتها إقامة العدل كما كان القانون عندهم جزءاً من الطقوس الدينية كما هو الحال عند قدماء العراقيين والمصريين والهنود [3]. ولكن الصلاحيات توسعت عندهم لتمارس من خلال المحاكم الشعبية،. وكان ذلك النظام القضائي هو الذي أخذت عنه أوربا نظام المحلفين فيما بعد، وكان النظام القضائي الشعبي عند اليونانيين مبالغ فيه، فكانت المحاكم الهلينية التي تعقد في اغلبها في الهواء الطلق تتألف من ستة آلاف محلف يختارون

(1) طه باقر، المقدمة، ج2، 327ص.

(2) ول ديورانت، مرجع سابق، ص28.

(3) المرجع نفسه، ص27.

بالقرعة من سجل المواطنين، وكان هؤلاء الآلاف الستة يوزعون على عشر سجلات، ولكن القضايا الصغرى أو المحلية قد يفصل فيها ثلاثون محلفاً يزورون المقاطعات في مواسم معينة. والجدير بالذكر أن كل محلف لا يبقى في منصبه أكثر من عام واحد حيث أن الانتخابات لهذه المناصب تتم بدقة[1] وكانت العقوبات التي تفرضها هذه المحاكم على المخالفين هي الضرب والغرامة، والحرمان من الحقوق السياسية والكي بالنار ومصادرة الأموال والنفي والإعدام وغيرها [2].

6 - العرف كقاعدة قانونية عند الرومان:

نشأ القانون الروماني كغيره من القوانين البدائية نشأة عرفية فالشعوب القديمة تقوم الوحدة الاجتماعية فيها على أساس القبيلة أو الأسرة التي يخضع فيها جميع الأفراد لسلطة رئيسها المطلقة، مما لا يكون هناك معه مجال لوجود سلطة عامة تقوم بسن القوانين. فلما وجدت المدينة كوحدة سياسية فوق القبائل والأسر وأخذت تمارس نشاطها المتزايد في سن التشريع ظل العرف مع ذلك مصدراً للقانون يكمل قواعده ويعمل على تطويرها بما يتلاءم مع تطور الحياة الاجتماعية.

غير أن العرف قد عرف في القانون الروماني دوراً آخراً إلى جانب هذا الدور، ذلك أن القانون الروماني لم يكن يطبق بحسب الأصل إلا على المواطنين الرومان؛ ولذلك كان يسمى القانون المدني بمعنى قانون المدينة الرومانية. فلما اتسعت الدولة الرومانية بدأ الرومان يدخلون في علاقات تجارية مع شعوب البلاد المفتوحة الذين يُعدّون من الأجانب دون أن يكون القانون الروماني مهيئاً لحكم علاقاتهم فيما بينهم. وقد تلمس الرومان هذا القانون في عادات وتقاليد الشعوب المختلفة وما تضمنته من مبادئ عامة فطبقوها على علاقات الرومان بالأجانب وعلى علاقاتهم فيما بينهم فنشأ بذلك قانون عرفي مستقل عن القانون المدني يعرف بقانون الشعوب[3].

---

(1) طه باقر، المقدمة، ج2، ص 239.

(2) ول ديورانت، مرجع سابق، ص 33.

(3) عكاشة محمد عبد العال، القانون الروماني، الدار الجامعية، (القاهرة، 1988م)، ص37.

ويرجع الفضل في تكون قانون الشعوب لجهود الحاكم القضائي للأجانب وحكام الرومان في الأقاليم. ففي عام 242ق. م أنشئت وظيفة الحاكم القضائي للأجانب ليتولى القضاء في روما بين الأجانب وبينهم وبين الرومان. وقد بدأ هذا الحاكم استلهام الأحكام التي يطبقها من القواعد التي يجدها متشابهة في قوانين الشعوب المختلفة التي يقضي بين رعاياها غير متقيد في ذلك بأحكام القانون المدني الروماني بشكلياته وإجراءاته التي هي خاصة بالرومان وحدهم فقد كان لهذه الشعوب خاصة ما كان منها من أصل يوناني قانون خاص يمتاز ببساطته ويتفق مع حاجات التجارة والمعاملات. وقد توصل الحاكم القضائي وحكام الأقاليم الذين حذوا حذوه بذلك إلى كثير من الأحكام التي تلائم الحياة الرومانية الجديدة بعد تطور المجتمع الروماني والتي هي اقرب إلى القانون الطبيعي الذي يلاءم البشرية كلها بصرف النظر عن الشعوب والأجناس[1].

---

(1) المرجع نفسه، ص42 – 43.

المبحث الثالث

صور العرف والعادة في المجتمعات البدائية

كانت الجماعة الإنسانية الأولى تخضع لنظامين مختلفين يحكم كل منها علاقاتها في نطاق معين. الأول هو نظام السلطة الأبوية، أو سلطة رئيس العشيرة في تنظيم العلاقات بين أفراد الجماعة الواحدة. والثاني هو نظام حكم القوة فيما يخص علاقات الجماعة الخارجية.

نجد في النظام الأول أن جميع أفراد الأسرة يخضعون خضوعا تاما لسلطة رب الأسرة. وكانت سلطته مطلقة تمتد إلى أرواحهم وأموالهم. أما في النظام الثاني، فقد كانت الرابطة بين أفراد كل جماعة تقوم على صلة القرابة الطبيعية، أو المفترضة. فكان لا يعترف بالحقوق، أو بالحماية القانونية في نطاق جماعة إلا لأفرادها. وأما الغريب فكان يستحل قتله ويستباح دمه[1].

ولم تكن هناك سلطة عليا تنظم العلاقة بين الجماعات المختلفة ولا معايير للقيم تضمن شيئاً من الاستقرار والنظام في علاقاتها. فبين أفراد الجماعات المختلفة «لم يكن الاعتداء على شخص الغير، أو ماله جريمة، ولا يجر على صاحبه وزراً ولا عاراً، بل كان السلب مسلكاً شريفاً، الإغارة مبعثاً للفخر، والانتقام واجباً تحتمه المروءة»[2].

وكانت الخلافات التي تنشب بين الجماعات المختلفة لا تحل إلا بالقوة. وكانت القوة هي المنشئة للحقوق وهي الوسيلة في الدفاع عنها لا فرق في ذلك بين الأمور المدنية، أو الجنائية. فقد كان كل اعتداء على حق جريمة،لأنه إهانة لصاحبه شأن الاعتداء على النفس أو المال يدفع المعتدي عليه، وعشيرته إلى الانتقام من الجاني وشريكه.

وبعد استقرار الإنسان ومن أجل أن يعيش بأمن وسلام، استعاض عن القوة بوسائل أخرى، فلجأ إلى التخلي عن الجاني، والتصالح على مال،

---

(1) هاشم الحافظ، مرجع سابق، ص15.

(2) علي بدوي، أبحاث في تاريخ القانون العام، ط3، 1947، ج1، ص16.

والاحتكام إلى مهارة الخصمين في المبارزة أو الغناء. ومن أهم صور العرف والعادة في المجتمعات البدائية اللجوء إلى القوة ونظام القصاص وخلع الجاني ونظام الدية والتحكيم وسنتولى دراسة هذه الصور بشيء من التفصيل وحسب ما يتفق ودراستنا.

1 - اللجوء إلى القوة:

لم تكن المجتمعات البدائية تعرف القانون بمعناه المعروف اليوم، باعتباره قواعد ملزمة ومنظمة لسلوك الأفراد تضمن السلطة تطبيقها عليهم دون تميز، بل كان اللجوء إلى القوة هو المبدأ السائد في العلاقات بين الجماعات المختلفة بسبب عدم وجود سلطة تعلوهم ويستطيع المتنازعون اللجوء للاحتكام إليها، ومن أجل أن تحافظ كل جماعة على وجودها والحد من اعتداءات المجموعات الأخرى فقد اعتمدت القوة المادية لتنظيم الروابط بين الجماعات. وبعد أن أدركت تلك الجماعات التي كانت تفرض القوة لمعاقبة مرتكبي الجرائم أن هذا النظام - نظام القوة - هو نظام معيب؛ لا لأنه يعكر الأمن الاجتماعي، وإنما لأنه لا يضمن انتصار المعتدى عليه وصاحب الحق بل انتصار الأقوى، وإذا كان الأقوى هو صاحب الحق فإنه لا يضمن التزامه بحدود حقه بل يتعسف، ويتجاوز حقه بإنزال العقاب القاسي والشديد الذي لا يتناسب مع الفعل الجرمي[1]. لذلك كان الضرر من استعمال القوة واللجوء إليها في حل النزاعات أكبر وأكثر من الفوائد التي تتحقق للمجني عليه، لذا جرى تدخل رؤساء الجماعات للحد من الانتقام والنزوع إلى الثأر بإحلال التصالح محل القوة[2].

2 - نظام القصاص:

ويقوم هذا النظام على أساس الأخذ بالثأر من شخص الجاني وحده بالانتقام منه عن طريق إيقاع نفس الضرر الذي ألحقه بالمعتدى عليه طبقاً للقاعدة المعروفة (العين بالعين والسن بالسن)، وقد أخذت بهذا النظام

(1) وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، دار الفكر العربي، (القاهرة، 1986 - 1987) ص 32 - 33.

(2) هشام علي صديق، تاريخ النظم القانونية، الدار القانونية، (بيروت، 1981م)، ص 65.

الشرائع البابلية والآشورية والعبرية والرومانية والإسلامية. ونظرا لما كان يجره هذا النظام من إضعاف الجماعات على أثر الحروب والصراعات المستمرة المدمرة بينهم فقد ظهرت على أثر ذلك نظم أخرى أريد بها أيضاً الحد من استعمال القوة والسير نحو القانون والمدنية بشكل أوسع من حيث التصرف إزاء الجريمة(1).

ونتيجة لذلك سعت تلك الجماعات إلى إيجاد وسائل لتقدير العقوبة، منها الصلح والتصالح على تعويض مالي يقدمه المعتدي اتقاء لانتقام المعتدى عليه وجماعته ودرءاً للأخطار الناجمة من الأخذ بالثأر على وفق مبدأ القوة(2).

إن جميع المجتمعات البشرية القديمة قد عرفت القصاص كنوع من أنواع العقاب؛ لكونها قد واجهت أحوالاً وإخطاراً متماثلة فاهتدت في معالجتها أو اتقائها إلى أساليب متماثلة أوحت بها مجرد الفطرة وبعث عليها الحرص على النفس والأهل (3).

3 - نظام خلع الجاني:

لقد ظل التصالح رهيناً لإرادة الخصوم، إذْ كانوا يلتزمون به، أو يعدلون عنه إلى القوة، وأهم صور التصالح هي خلع الجاني، وهو صورة من صور التصالح التي اتبعتها العشائر والقبائل القديمة في قضائها الشعبي للحد من استعمال القوة، واللجوء إليها كوسيلة عقابية ويتمثل هذا النظام بالبراءة من الجاني شخصياً وخلعه إلى ما هو أخطر منه وهو على هذا النحو لا يعدو إلاّ أن يكون أثراً من آثار الانتقام الفردي إلاّ أنه جاء يخفف من مسؤولية الجماعة التي ينتسب إليها الجاني ويتيح في نفس الوقت الفرصة لجماعة المعتدى عليه لإرضاء شهوة الانتقام(4)، وإرضاء المعتدى عليه، وكذلك لتجنب الثأر(5).

---

(1) مسكوني، مرجع سابق، ص29.

(2) صوفي أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، (القاهرة، 1976)، ص 72.

(3) الأزهري، تهذيب اللغة، مطبعة الدار المصرية، (مصر، د. ت)، ص 279.

(4) محمود السقا، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار المحامي، (القاهرة، 1976)، ص80.

(5) عباس العبودي، تاريخ القانون، جامعة الموصل، (الموصل، 1988م)، ص 37.

4 - نظام الدية:

تعرف كونها حق القتل من المال وهي تؤخذ مقابل النفس كتعويض عن دم القتيل [1]. والدية من الأنظمة التي توصلت إليها الجماعات البشرية القديمة للحد من استعمال القوة وإنزالها كعقوبة بحق منفذي الأعمال والأفعال الجرمية وإلزامهم بها هو نظام دفع الدية كتعويض مالي لجبر الضرر الناجم عن الجريمة وقد صار النزوغ إلى إتباع هذه الوسيلة في العقاب لتوافر الأموال بعد اعتماد الجماعات البشرية على الزراعة [2].

وإنَّ الدية هي تعويض مالي يدفعه الجاني وأهله وعشيرته للمجنى عليه وذريته وعشيرته وينزل منزلة الجزاء والعقوبة، ومن صور دفع الدية تسليم عدد من رؤوس الماشية أو عدد من العبيد وأحياناً يقدم الجاني أخته أو إحدى قريباته لتكون زوجة المعتدى عليه أو زوجة لأحد أشقائه أو أقربائه إذا لم تتوفر الأموال الكافية واللازمة للفداء [3].

وقد تثبت أسس هذا الفداء الجديد على تعويض المعتدى عليه عما فقده على إغراء ذويه وجماعته بترك الانتقام والجنوح إلى السلم [4]، وذلك عن التعويض الذي تلقاه المجنى عليه وذووه يضمد جراح القلوب ويهدي من الغضب ويعد فوق ذلك علامة على طلب الجاني الصفح والغفران [5].

وكان نظام الدية قد طبق في هذه المرحلة اختياراً، ومقدار الدية ونوعها ويترك تحديده لتقدير الطرفين الجاني وذويه وعشيرته من جهة، والمجنى عليه من جهة أخرى وبحسب مراكزهما الاجتماعية، أو لتقدير حكم يختاره رؤساء الجماعتين المتخاصمين، ولكن بعد أن قويت وتركزت سلطات زعماء القبائل وكذلك من باب أولى بعد ظهور الدولة ومؤسساتها أصبحت

---

(1) محمود السقا، مرجع سابق، ص 80 – 81.

(2) هشام علي صديق، مرجع سابق، ص 98.

(3) المرجع نفسه، ص 83.

(4) حسن النجفي، معجم المصطلحات الاقتصادية والقانونية المصدر السابق، ص 159.

(5) محمود السقا، مرجع سابق، ص 79.

الدية إجبارية، كما أصبح مقدراها موكلاً إلى التحديد الذي تقوم به السلطة العامة [1].

إن الدية والقصاص، وتسليم الجاني، وخلعه، ما هي إلاّ وسائل قانونية عرفية أريد به التقليل من اللجوء إلى استعمال القوة وشدة الانتقام والثأر بين الجماعات البشرية القديمة ورغبة في التعايش والتوافق والالتئام بين المجتمعات تجاه الأخطار التي تهدد تلك الوحدات الاجتماعية.

5 - نظام التحكيم:

عرف التحكيم الخاص قديماً، وقد جاء هذا المبدأ نتيجة طبيعية التطور الحاصل في مفهوم القضاء القديم. وقد جاء بديلاً عن نظام القضاء البدائي الذي يعرف بالقضاء الخاص وأحياناً يسميه الباحثون - نظام قضاء العدالة الخاصة والذي يعد أول أشكال التنظيم القضائي في الجماعات البدائية[2].

ووسيلة القضاء الخاص في فرض وتنفيذ أحكامه كانت الثأر والانتقام حاصلين، لعدم وجود السلطة العامة التي تتولى قيادة المجتمع، بل كان العقاب يقرر أساس على تعيين جماعة المجني عليه لفداحة الضرر الذي لحق بأحد أعضائها، وتحديد العقاب لإنزاله بالجاني، أو بأي فرد من أفراد جماعته أن كانت للمعتدى عليه وأسرته وجماعته القوة الكافية لتحقيق ذلك [3].

وقد بينا آنفا كيف أن الجماعات البشرية وفي مرحلة لاحقة من استعمال القوة اعتمدت وسائل التصالح التي استدعتها صورة التعايش، وهكذا دخل العقاب طوراً جديداً في المجتمعات القديمة واستمر يصعد سلم التطور درجة بعد أخرى، حاملاً المفهوم الذي ظهر بين خلايا المجتمع الإنساني، من توجيه دفة العقاب صوب الجاني وحده، ثم إحلال حكم العقل محل القوة، وبدأ العقل الهادئ يتطلب خبرة جديدة حكيمة عادلة تمثلت في اللجوء إلى ذوي الحكمة في الجماعة الذين كان في إمكانهم إسكات وتهدئة حدة الغضب وتنظيم أمر العقاب، كانت مرحلة التحكيم في مجال قياس الضرر الذي لحق بالمجنى عليه

---

(1) أحمد أبو الوفاء، تاريخ الأنظمة القانونية، مكتبة أبو الوفا، (بيروت، 1979م)، ص 17.

(2) عباس العبودي، مرجع سابق، ص40.

(3) صبيح مسكوني، مرجع سابق، ص 34.

وتقدير العقوبة لإيقاعها بالجاني[1].

وتعد هذه المرحلة متطورة نسبياً التي حل فيها التحكيم محل القضاء الخاص الذي كان مرتكزاً على مبدأ القوة في توجيه العقوبات. إن مرحلة التحكيم مرحلة عاقلة في شقيها، إذْ يتفق طرفاً النزاع المتخاصمان على قبول التحكيم، وفي هذا هدوء عقلي من جانبهما، والأمر الآخر عرض النزاع برمته على شخص ثالث يختاره الطرفان من الأشخاص الذين عرفوا بالحكمة والخبرة في مجال فصل الخصومات، وكان الناس يحتكمون إلى الكهنة ورؤساء القبائل؛ لما لهم من سلطة رئاسية وهي في ذات الوقت سلطة دينية [2]، ففي الخصومات التي تنشأ بين الأفراد داخل المجموعة الواحدة كالعشيرة والقبيلة عادة ما يكون الحكم المختار من ذوي المعرفة، والحكمة والقدرة والفهم من المجموعة ذاتها وهو عادة رئيسه، أما الحكم الذي يفصل في نزاعات أفراد من مجموعات عشائرية وقبلية مختلفة فهو حكم له سلطة دينية من مجموعة قبلية محايدة لا علاقة لها بالنزاع الدائر بين المجموعات المتخاصمة [3]، ولكن لم يرغم المعتدى عليه في بدايات هذه المرحلة على قبول اللجوء للتحكيم أو قبول تنفيذ القرار الذي يصدره المحكم، فبإمكانه اختيار استعمال القوة أو القبول بالتحكيم. فاللجوء إلى التحكيم لم يصل إلى مرحلة العقل بل هو تلخيص للأعراف والقيم الاجتماعية التي كانت سائدة في المجتمعات القديمة بل جاء في بدايته غير محدث أثراً في ذلك إلى طبيعة الحالة الاجتماعية التي كانت تسود فيها القوة والتي يتأسس العقاب فيها على قوة الخصم أو ضعفه، وإن كانت استعمالات القوة قد حد من قوتها على نحو ما، وشهدت الصلات الاجتماعية بعض التنظيم إلاّ أن القوة ظلت المرجع الأخير الذي يلجأ إليه الخصم لفض النزاع إن لم يرض بما قضى به المحكم، ولاسيما أن مهمة المحكم هي النطق، بالحكم في النزاع وإعلانه ولا يضمن تنفيذ الحكم؛ لأن إرادة الطرفين المتخاصمين هي التي تحدد تنفيذ حكم المحكم ومدى فاعليته

(1) محمود السقا، مرجع سابق، ص 81 – 82.
(2) هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 33.
(3) شاكر العاني، نشوء المحاماة وتطويرها في الحضارات الإنسانية، بحث منشور في مجلة القضاء، إصدار نقابة المحامين، العدد 1، 2، (بغداد، 1984م)، ص 135.

في إنزال العقاب بالجاني [1].

ولم تكن هناك مع مراحل تطور التحكيم كنظام للفصل في الخصومات قواعد قانونية ثابتة ومستقرة يمكن اعتمادها من قبل المحكمين في بناء الأحكام التي يصدرونها، بل كان تلخيصاً كما قلنا سابقاً لأحوال أعراف الجماعات البشرية وعادتها المعبرة عن طبائعها ومعتقداتها مؤثرة في حيثيات الحكم، وفضلاً عن اختيار الأشخاص العقلاء والخبراء لتأدية مهمة التحكيم فقد كانت هناك صور أخرى منها ما تقضي به مهارة الخصمين في السجال أو المبارزة أو التحكيم [2].

لقد كان العرف نتاج المجتمع وهو تعبير صادق عن إرادة أفراده في إقرار القواعد القانونية العرفية، وتمسكهم بها، ومثابرتهم على الالتزام بها وإتباعها، وهذا يدل على أن القانون العرفي وليد رغبات الناس، يلاءم أحوالهم وحاجاتهم، وإلا لما استقر وثبت، وصار باتاً وملزماً من دون قوة تكرههم عليه، بعكس التشريع الذي هو نتاج الحاكم، وأنه يفرض بسلطته على الناس.

لذا فإن الجماعة قد ارتضت بالعرف لرغبتها في الضبط والتنظيم، وبذلك قال فقهاء المدرسة التاريخية في تفسيرهم لنشوء القانون بأن العرف صورة صادقة للقانون؛ لأنهم يعدونه تعبيراً دقيقا ومباشراً عن الأحوال الاجتماعية التي تكتنف حياة الجماعة [3].

وقد كان يعهد في تطبيق القواعد المستنبطة من العرف إلى محكمين كما مر بنا يختارهم الخصوم للفصل في المنازعات التي تقوم بينهم [4]، وكان هؤلاء المحكمون يلعبون دور القضاة في فض المنازعات وتعيين التجاوزات على التقاليد،، وغدت أحكامهم بمرور الوقت سوابق قضائية لها منزلة الأحكام القضائية، كما أصبحت أحد مناهل القوانين المدونة [5]، كأصول تاريخية

(1) صوفي أبو طالب، مرجع سابق، ص 78 – 80.

(2) ممدوح مصطفى، أصول تاريخ القانون، مطبعة البصير، (الإسكندرية، 1954م)، ص 38.

(3) عبد الباقي البكري وآخرون، المدخل لدراسة القانون، (بغداد، 1982م)، ص 140.

(4) المرجع نفسه، ص128.

(5) رضا عبد الجواد الهاشمي، القانون والأحوال الشخصية، ضمن كتاب حضارة العراق، ج3، دار الحرية للطباعة، (بغداد، 1985 م)، ص 68.

ومصادر تعين المشرعين في سن القواعد التي يضعونها.

مما تقدم يمكننا القول إن العرف كان مصدراً أساسياً إن لم يكن هو المصدر الحقيقي لأقدم مصادر القانون إذْ عرفته البشرية في وقت مبكر، وكان المصدر الأول والوحيد الذي استمدت منه القواعد القانونية أحكامها[1].

وبالرغم من اقتناع الناس في الحضارات القديمة من أن العرف مجموعة قواعد قانونية غير مسنونة، نشأت باعتياد الناس عليها زمناً طويلاً وإتباعهم لها لتنظيم انشطتهم، وشؤون حياتهم فإنهم شعروا بإلزاميتها واحترموا أفكارها وخضعوا لأحكامها [2]، فاعتياد الناس على سلوك معين في حياتهم واحترامهم هذا السلوك زمناً طويلاً يُنْشِئُ لهم قاعدة يسود الاعتقاد بإلزاميتها ووجوب إتباعها[3]، فالناس بحكم الضرورات الحياتية والاجتماعية والأحوال التي تحيط بهم، مضطرون لأن ينهجوا ويختطوا لأنفسهم قواعد تنظيمية يسيرون عليها ويتبعون إحكامها لتنظيم علاقاتهم، وروابطهم الاجتماعية ويعتادون على تطبيقها، فتصير هذه العادات بمثابة تقاليد يتوارثونها جيلاً بعد جيل فيحافظون عليها، ويشعرون بأهمية أحكامها [4] ويضطرون إلى العمل بها والاعتقاد النفسي والتاريخي بإلزاميتها وعدم مخالفتها لكي لا يتعرضون لجزاءها، سواء كانت هذه الجزاءات أخلاقية أو اجتماعية كالازدراء والاحتقار، والتأنيب، والاستنكار، وأي عقاب آخر تقره الهيئة الاجتماعية [5] فيكتسب العرف بذلك المكانة المرموقة، والأهمية البالغة بين أبناء الجماعات البدائية الذين كانوا يجدون في قواعد العرف نظاماً يحدد نمط حياتهم وسلوكياتهم [6].

---

(1) توفيق حسن فرج، الأصول العامة للقانون، الدار المصرية للطباعة والنشر، (بيروت، 1973م)، ص 137.

(2) عبد الباقي البكري وآخرون، المدخل لدراسة القانون، ص 126.

(3) عبد المنعم فرج الصدة، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، (القاهرة 1980م)، ص 88.

(4) توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، منشورات المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر (الإسكندرية، 1970 م) ص 131.

(5) عبد الكاظم فارس المالكي، وجبار صابر طه، المدخل لدراسة القانون، مطبعة مؤسسة المعاهد الفنية، (بغداد، 1986)، ص 208.

(6) جعفر الفضلي، منذر عبد الحسين الفضل، المدخل لعلوم القانون، ط1، (الموصل، 1978م)، ص 69.

ومن خلال الاعتقاد السائد بأن تلك الممارسات المعتادة للتقاليد المتوارثة والعادات المتبعة بأنها تحقق العدالة، وتنظم العلاقات والروابط فقد أصبحت ذات طابع قانوني فاعل في حياة الأفراد والجماعات، وعليه فإن تلك الأعراف المعمول بها عادات عامة وتقاليد بما كانت تحويه من أوامر ونواة تشكل قواعد قانونية عامة، تتضمن أحكامها شمولية تطبق طوعاً وكرهاً؛ لتؤدي دورها الضابط لتصرفات وسلوك الأفراد، فكانت تمارس إلزاماً عليهم، وتفرض طاعتها فإذا ما خالفها أي منهم فإنه ينال عقاباً اجتماعياً بالغ القسوة حددته القواعد القانونية العرفية [1].

ومما تجدر الإشارة إليه أن العرف والقاعدة العرفية كانا مصدراً قانونياً قائماً بذاته، وقد ظلت على هذه الحالة حتى أيامنا هذه، إلى جانب قواعد القانون الأخرى يمكن الرجوع إليها والقضاء بموجب ما ترتبه من أحكام، وتعد من أهم مراحل تطور القواعد العرفية الزاهرة في الشرق القديم المرحلة التي بدأت ما بين الألف الرابعة والثالثة قبل الميلاد في بلاد الرافدين [2].

وعلى الرغم من أن الديانات وما نجم عنها من قواعد دينية قد وصلت إلى مراحل مزدهرة ومتقدمة إلا أن الأعراف احتلت مركز الصدارة بين مصادر القانون، وأصبحت القواعد العرفية مصادر أساسية على أنها قواعد ضبط وتنظيم اجتماعي فاعل أي: قواعد قانونية، ولكن هذا لا يعني اندثار التقاليد والسوابق الدينية بوصفها من مصادر القانون، ولكن دورها قد تراجع بسبب تقدم الأعراف وما نجم عنها من قواعد قانونية، ولاسيما بعد التطورات الاجتماعية والسياسية وانفصال السلطة المدنية عن السلطة الدينية في مراحل زمنية متقدمة إلى الأمام. ومن الجدير بالذكر أن القواعد العرفية أصبحت بمثابة قواعد قانونية منفصلة عن الأحكام الدينية في المصدر، والطبيعة، والجزاء [3]، على الرغم من أن هذا الانفصال لم يكن واضحاً في المراحل الأولى.

---

(1) عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، (الكويت، 1972م)، ج1، ص 446

(2) صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، (القاهرة، 1987م)، ص 82.

(3) صبيح مسكوني، مرجع سابق، ص 42.

وبعد أن ظهرت دولة المدينة التي تطورت بمرحلة لاحقة عن مجتمع القرية كانت مجالس المدن تقوم بتطبيق الأعراف السائدة على الناس وتصدر أحكامها الملزمة لجميع الأفراد سيما وأن أعضاء تلك المجالس هم رؤساء القبائل، كبار السن والمتنفذين.

أما الجزاء الذي ترتبه القواعد العرفية، فقد كان أولاً يوقّعهُ المجنى عليه، أو ورثتهّ وعشيرته على الجاني، وبعد أن ظهرت الدولة ككيان سياسي يفرض سلطته على الرعايا، أصبحت هي التي تطبق جزاء القواعد العرفية على الأفراد المخطئين بتلك القواعد.

الفصل الثاني
العرف عند العرب قبل الإسلام

كان العرب قبل الإسلام إلا القليل منهم يعيشون عيشة البداوة، وهؤلاء هم البدو. والقليل منهم سكنوا الأصقاع والقرى والمدن المتحضرة، كاليمن ويثرب ومكة، وعاشوا عيشة استقرار، وهؤلاء هم الحضر. وكان العرب قبائل متفرقة، وعلى أساس القبيلة وما يترتب عليها من شيوع العصبية القبلية بين أفرادها قام نظامهم الاجتماعي. والقبيلة ليست دولة ولا كياناً سياسياً، وإنما هي وحدة اجتماعية تقوم على صلة القربى ورابطة الدم، ويخضع أفرادها خضوعاً اختيارياً إلى رئيسهم بناء على ما تربطه بهم من رابطة النسب، ولما كان يشتهر به عادة من الشجاعة والكرم لولادته في بيت الرئاسة، وكان الأحرار من العرب يحاربون تحت إمرة الأمير في وقت الحرب أما في وقت السلم فقد كانت الأسرة هي الشيء الوحيد المنظم[1].

وقد كان من نتائج العصبية القبلية تفاخرهم بالأنساب وتناصرهم على أشد ما يكون التناصر في الحق والباطل، والتناصر القبلي ما كان يقف عند حد أفراد القبيلة المشتركين في النسب ورابطة الدم، بل كان يشمل أيضاً المحسوبين على القبيلة؛ بسبب التبني أو الحلف أو الموالاة أو بسبب الجوار[2].

وكان القتال كثيراً بين القبائل وينشب لأتفه الأسباب، وساعد على القتال بين القبائل أن العرف القائم آنذاك أقر الغزو والنهب والسلب، وعدّها

---

(1) حسن إبراهيم حسن، تاريخ الإسلام السياسي والديني، ط7، مكتبة النهضة المصرية، (القاهرة، 1964)، ج1، ص52.

(2) عبد الكريم زيدان، المدخل، ص16 - 17.

أموراً طبيعية وضرباً من ضروب الشجاعة، كما أقر قيام القبيلة بطلب الثأر لأحد أفرادها من القبيلة الأخرى. وكثرة الحروب بين القبائل جعل العرب يكبرون شأن الرجل، ويستصغرون شأن المرأة؛ لأن الرجل أقدر على القتال منها. وقد ترتب على هذه النظرة للمرأة أن انحطت منزلتها وهضمت حقوقها وحرمت الميراث، حتى شاع بين بعض القبائل وأد البنات؛ خوفاً من وقوعهن بأيدي العدو سبايا حرب وفي هذا عار على القبيلة[1].

كانت النظم القانونية عند العرب قبل الإسلام فطرية، وعرفية يرجع أساسها إلى عادات وتقاليد متوارثة تختلف باختلاف الأماكن والبيئات [2]. وقد عرف العرب قبل الإسلام العرف بمعناه السياسي والاجتماعي. وأخذ التشريع عند العرب قبل الإسلام بمبدأ إن ما يطبق على أفراد القبيلة من قوانين وأحكام يكون خاصاً بالقبيلة. أما ما يطبق على الأشخاص الذين يكونون من قبيلتين مختلفتين أو من قبائل عديدة فإنه يكون خاضعاً للعرف، المقرر بين القبائل، فهو قريب مما يسمى بالقوانين الدولية في الزمن الحاضر. أما القوانين التي تطبق في القبيلة، فإنها تشبه قوانين الدولة الواحدة. فالشخص إذا ما ارتكب عملاً مخالفاً داخل حدود قبيلته أي مع أفراد القبيلة، عومل وفق أحكام القبيلة. أما إذا ارتكبها مع شخص من قبيلة أخرى، عومل وفق العرف القبلي، لا وفق عرف القبيل[3].

وقد ذكرت لنا المصادر العربية الإسلامية الكثير عن طبيعة تلك الأعراف، من خلال الروايات التي رويت فيها والتي بينت لنا الكثير من العادات والأعراف. فوراثة الابن لعرش أبيه أو لمشيخة القبيلة كانت عرفاً، فإذا ما مات الأب انتقلت الرئاسة إلى ابنه الأكبر، إلاّ إذا أوصى الأب الملك أو الشيخ بخلاف ذلك [4].

---

(1) عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص16 – 17.

(2) عباس العبودي، تاريخ القانون، جامعة الموصل (الموصل، 1988م). ص 195.

(3) جواد على، المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، ط2، جامعة بغداد، (بغداد، 1993)، ج5، ص487.

(4) هاشم يحيى الملاح، الوسيط في تاريخ العرب قبل الإسلام، جامعة الموصل، (الموصل، 1994م)، ص65.

وكانت كل قبيلة أو عشيرة تؤلف جماعة منفصلة مستقلة تمام الاستقلال وينسحب هذا الاستقلال أيضاً على أفراد القبيلة، فكل فرد منهم لا يُعَدُّ زعامة شيخ قبيلته، أو سلطته إلا رمزا لفكرة عامة شاءت الاحوال أن يأخذ هو منها نصيب، وما كان له أن يرفض ما اجتمع عليه رأي الأغلبية من أبناء قبيلته. وأبعد من هذا أنه لم يكن هناك نظام لنقل سلطة الرئيس إذ كان يختار لها أكبر أفراد القبيلة سناً وأكثرهم مالاً وأعظمهم نفوذاً وأجدرهم بكسب الاحترام الشخصي[1].

إن الرأي الذي يمكن تثبيته هنا على تطور الأعراف القانونية هو تنامي سلطة وصلاحية الحكم العرفي الذي كان يمارسه سادة القوم، ويبدو أن أحكام هؤلاء السادة القضائية كانت لا تصدر من الملك أو الشيخ إلاّ بعد أخذ موافقتهم عليها فهم كانوا أشبه بخبراء أو محكمي قضاء مشهود لهم بالخبرة[2].

وقد ورد إلينا عن تاريخ اليمن القديم الكثير من المدلولات المعبرة عن وجود ما يشبه المحاكم، وإن تلك المحاكم العرفية اعتمدت الأعراف التي أقرها بعض الملاكين وصادقوا عليها. فكلمة (قضت) أي: المحكمة هي دلالة على أنّ هذه القوانين قد صدرت بعد أخذ رأي بعض الملاكين وتصديق موافقتهم عليها. وهذا ما يجعلنا باتجاه ترجيح أن المحكمين كانوا بمثابة أهل رأي وحكمة وخبرة قضائية وإلاّ ما استشارهم الملك بخصوص صدور قراره النهائي. ويبدو أن أخذ المشورة هذه كانت غايته أن يقع اعتراض عليها أو تذمر بسبب صدور هذه القوانين. وهذه المحاكم العرفية قد تألفت بالواقع من جماعات اتحدت مصلحتها تتألف عن العمل الموحد وصارت رأياً مقبولاً ومسموعاً [3].

وكان النظام القبلي دعامة الحياة السياسية في الممالك والإمارات التي قامت في جزيرة العرب وفي حواضر الحجاز وفي الإمارات العربية

(1) حسن إبراهيم حسن، مرجع سابق، ج1، ص52.

(2) جرمانون، تاريخ بلاد العرب الجنوبية، (القاهرة، د. ت)، ص 129.

(3) جواد علي، أصول الحكم عند العرب الجنوبيين، مجلة المجمع العلمي العراقي، بغداد 1958، ص 55.

على تخوم الشام والعراق، فلما انصهرت القبائل التي نزلت في هذه المدن والحواضر في شعب واحد ظلت تحتفظ بتنظيمها القبلي [1].

أما عن نظام الحكم السائد في تلك المجتمعات القبلية فقد كان لكل قبيلة مجلس من شيوخها يرأسه رجل من بين أفراد القبيلة ويطلقون عليه عدة ألقاب منها الرئيس، والشيخ، والأمير، والسيد، ويتشرط أن تتوفر شروط لمن يتولى هذا المنصب منها الشجاعة، والحكمة، والصبر، والكرم، ونفوذ عظيم وقوة بيانٍ ورأي ثاقب [2].

وكان مجلس القبيلة يعقد اجتماعاته بدار الندوة أو المنتدى أو النادي، حيث تناقش الأمور والمسائل التي تخص القبيلة كإعلان الحرب، أو إقرار السلم، أو النزاعات والخصومات القبلية، وتتخذ قراراته بعد التشاور والمناقشات بالأغلبية[3].

سنتولى دراسة الأعراف والعادات التي كانت سائدة عند العرب قبل الإسلام وسنبين أثر الإسلام في ذلك، وعلى وفق المباحث الآتية:

المبحث الأول: قانون الأسرة قبل الإسلام

المبحث الثاني: العقود والالتزامات قبل الإسلام.

المبحث الثالث: القصاص والديات والعلاقات الخارجية.

---

(1) المرجع نفسه، ص 18.

(2) رشيد الجميلي، تاريخ العرب في الجاهلية وعصر الدعوة الإسلامية، ط2، مطبعة الرصافي، (بغداد، 1976م)، ص 49.

(3) المرجع نفسه، ص 50.

المبحث الأول

قانون الأسرة قبل الإسلام

❖ النكاح وبعض ما يتعلق به

النكاح في اللغة: الضم والجمع وفي الشرع: عقد يرد على تمليك منفعة البضع قصداً، وفي القيد الأخير احتراز عن البيع ونحوه؛ لان المقصود فيه تمليك الرقبة، وملك المنفعة داخل فيه ضمناً[1].

والنكاح في الشرع هو عقد تزويج فعند إطلاق لفظه ينصرف إليه ما لم يصرفه عنه دليل[2]، والنكاح هو العقد في الأصل، ثم استعير للجماع. ويعبر عن الزواج بـ «النكاح» في الفقه الإسلامي. ولا بد للزواج من أن يكون برضا الطرفين وبموافقتهما، وبموافقة الوالدين أو المتولي للأمر. وإذا كان أحد الطرفين أو كلاهما قاصراً فلا بد من أخذ موافقة القيّم على أمره، وإلا، تعرّض الرجل والمرأة أو أحدهما للمسؤولية، وهذا ما كان عليه الزواج عند العرب قبل الإسلام، غير أن الرجل قد ينهب المرأة باتفاق مع البنت أو غصباً فيأخذها، وهذا ما يسيء إلى أهل البنت ويلحق بهم الأذى، إلا أن الطرفين قد يتفقان فيما بعد على الزواج. ولولي الأمر إجبار البنت على الزواج بمن يريد أو يوافق عليه لأن يكون بعلاً لها، وليس لها مخالفته. وقد يسمح لها بإبداء رأيها في الزوج وفي الزواج، ويكون ذلك في الأسر المحترمة في الأكثر، وعند أولياء الأمور الذين ليس لهم من البنات غير واحدة أو اثنتين، وعند وجود دالة للبنت على ولي أمرها[3].

والرجال قوامون على النساء. أما المرأة، فهي للبيت، والرجل هو «رب البيت» وسيده والمسؤول عنه، وله الكلمة على شؤونه. وهو القيم الطبيعي

---

(1) الجرجاني، التعريفات، دار الشؤون الثقافية، (بغداد، 1986)، ص134.

(2) ابن قدامة، المغني، ط1. دار الفكر للطباعة، (بيروت، 1984)، مج 7، ص، 3.

(3) حسن إبراهيم حسن، تاريخ الإسلام السياسي والديني والثقافي والاجتماعي، ط7، مكتبة النهضة العربية، (القاهرة، 1964)، ج1، ص64

المسؤول عن تربية أولاده. وهو المسؤول عن إعالة زوجه وأولاده. والزوجة تبع لزوجها، وعليها إطاعة أوامره، ما دامت أوامره لا تنافي الخلق والمألوف، وبيتها هو «بيت الزوجية. ومن تلده الزوجة يكون للزوج، فهو في ولايته، وله رعايته، وعليه تربيته حتى يبلغ أشده. وهو مسؤول أيضاً عن رعاية أحفاده بعد ابنه. أما أولاد ابنته فإنهم في رعاية أبيهم الذي يكون وحده المسؤول عنهم، لأنه بعل زوجه، وهو رب بيته[1].

والقاعدة العامة في الزواج مراعاة علاقة الأصل بالفرع، فلا يجوز نكاح الأب لابنته، ولا الجد لحفيدته، ولا يجوز للام أن تتزوج ابنها، ولا للجدة أن تتزوج حفيدها، ولا للأخ أن يتزوج أخته، مراعاة لعلاقة الأصل بالفرع، أي لعلاقة الدم. ومن يفعل ذلك يكون آثماً مؤاخذاً على فعله. ويراعى هذا التحريم حتى في حالات التبني، لاكتساب التبني الصفة المقررة للابن الطبيعي، فلا يجوز للمتبني أن يتزوج ابنة المتبنى لأنه اتخذه ابناً له. ومحرم على الرجل أن يتزوج ابنة أخيه، أو ابنة أخته. أما ولد الأخوين أو ولد الأختين أو ولد الأخ والأخت، فالزواج بينهم مباح. ويحرم نكاح العمة كما يحرم نكاح الخالة، وذلك لأنهما في درجة الأصول. ويحرم بصورة عامة كل نكاح يقع بين المحارم[2].

وينبغي أن لا نخلط بين هذا الارتباط بالزواج وبين غيره مما عرف عن بعض العرب من اجتماع الرجل بالمرأة بغير هذه الطريقة. وهذا الأمر لم يستحسنه جمهور العرب مع ما عرف عنهم من غيرة، ومحافظة على الشرف، حتى كان من النادر وجود بنت بالغة في سن الزواج أو أرملة صغيرة لم تتزوج[3].

❖ الصداق «المهر»

وكان الزواج المألوف المتعارف عليه عند غالبية العرب قبل الإسلام، هو نكاح الناس اليوم. وهو أن يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو ابنته فيصدقها،

---

(1) جواد علي، المفصل، ج5، ص528.
(2) المرجع نفسه، ص529.
(3) حسن إبراهيم حسن، ص 64.

أي يعين صداقها ويسمى مقداره ثم يعقد عليها. وكانت قريش وكثير من قبائل العرب على هذا المذهب في النكاح. وما يدفع يسمى «الصداق» أو «المهر»[1].

ويعد الصداق أي المهر فريضة لازمة عند العرب قبل الإسلام لصحة عقد الزواج، إذ هو علامة من علاماته، ودلالة على شرعيته. وكانوا لا يقرون زواجاً ولا يعترفون بشرعيته إلا إذا كان بمهر. فإذا لم يكن هناك مهر، عدّ بغياً وسفاحاً وزنا، فالمهر هو أيضاً علامة شرف، وكون المرأة حرة محصنة لها كامل الحقوق. ولا يشترط دفع المهر إذا كانت المرأة قد وقعت أسيرة فتزوجها من وقعت أسيرة، له لأنها أسيرته، فهي ملكه، وله حق الدخول بها بغير مهر، ولو كانت في عصمة رجل آخر، لأن الأسر يبطل عصمة الزواج [2].

والأصل في المهر عند العرب قبل الإسلام دفعه للمرأة، غير أن ولي أمرها هو الذي يأخذه لينفق منه على ما يشتري لتأخذه المرأة معها إلى بيت الزوجية. وقد يأخذ ولي أمرها «المهر» لنفسه، ولا يعطي المرأة منه شيئاً، لاعتقاده أن ذلك حق يعود إليه. ولذلك نهى عنه في الإسلام [3]، قال تعالى: ﴿وآتوا النساء صدقاتهن نحلة﴾. وللمرأة حق استرداد مهرها إذا فسخ الزوج عقد الزواج، أو إذا طلقها، إلا إذا كان ذلك بسبب الزنا فيسقط. وإذا كان المهر مؤجلاً كَلاً أو بعضاً، فيكون ديناً في عنق الزوج، وإذا توفي وجب دفعه لامرأته من تركته[4].

وليس للمهر حدّ معلوم، لا حدّ أعلى ولا حدّ أدنى، بل يتوقف ذلك على الاتفاق. وتراعى في ذلك الحالة المالية للرجل في الغالب. ولما كانت النقود قليلة في ذلك العهد، كان المهر عيناً في الأكثر، وتدخل فيه الأرض. وقد بلغ المهر مئة من الإبل أو مئة وخمسين في بعض الأحيان. وقد كان بوزن من ذهب أو فضة في بعض الأحيان. ويجوز للرجل استرداد مهره من تركة زوجه. إن

(1) لمزيد من التفصيل عن المهر، انظر: السيد سابق، فقه السنة، ط4، دار الفكر، (بيروت، 1983م)، ص 135 - 145.
(2) جواد علي، مرجع سابق، ج5، ص 530.
(3) عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص28.
(4) جواد علي، مرجع سابق، ج5، ص 531.

ماتت في حياته. وله حق مطالبة أهلها بردّ مهرها إليه في حالة عدم وجود تركة لها. وليس في زواج الشغار، مهر حقيقي. لأنه زواج مقايضة. وهو أن يزوّج الرجلُ وليتّه في مقابل تزويجه وليةّ من سيتزوج وليته. فليس في هذا الزواج مهر بالمعنى المعروف[1].

❖ أنواع النكاح

كان للعرب قبل الإسلام نظام ثابت في الزواج فكان جمهورهم يقترنون بالزوجة بعد رضا أهلها، كما كان كثير منهم يستشير البنات في أمر زواجهن[2].

وقد عرفوا أنواعا عديدة من الزواج، والقصد من ذلك التناسل والتوالد والتواصل بين القبائل برباط المصاهرة واشترطوا للزواج رضا الولي، ودفع المهر. وعدم وجود سبب من محرمات الزواج،فقد حرموا على الرجل التزوج بالأمهات والبنات والخالات والعمات. كما حرموا على المرأة أن تتزوج احد أصولها أو فروعها، أو أخوالها أو أعمامها، كما كان التبني مانعا للزواج، وكان تعدد الزوجات مباحا دون قيد، ولا شرط، وأجازوا الجمع بين الأختين عند زوج واحد، كما لم يكن رضا المرأة شرطا في الزواج، وكان من أنواع الزواج التي عرفها العرب قبل الإسلام ما يأتي:

أ - نكاح البعولة:

وهو الزواج المألوف بين العرب قبل الإسلام، وهو مثل زواج اليوم. أي الزواج القائم على الخطبة والمهر، وعلى الإيجاب والقبول. وهو زواج منظم، رتب الحياة العائلية وعيّن واجبات الوالدين والبنوة. وهو الذي أقره الإسلام. ويكون الرجل بموجبه بعلا للمرأة فهي في حمايته وفي رعايته. وللزوج في هذا الزواج أن يتزوج من النساء ما أحب من غير حصر، وله أن يكتفي بزوجة واحدة. وأمر عدد الأزواج راجع إليه والى هواه بالنساء[3].

---

(1) جواد علي، مرجع سابق، ج5، ص 532.
(2) حسن إبراهيم حسن، مرجع سابق، ج1، ص64.
(3) جواد علي، المفصل، ج5، ص 533.

وقد عرف هذا النوع من الزواج بزواج الشراء؛ لأن المهر الذي كان يدفعه الرجل إلى والد المرأة لم يكن كالمهر الذي أقرته الشريعة الإسلامية، وأنما كان ثمنا يستلمه والد المرأة ويضاف إلى ثروته فكأن هذا الزواج شكل من أشكال الشراء[1].

وكان من نتيجة الحروب سبي النساء وكانت السبية تعد رقيقا، وملكا لصاحبها إن شاء باعها، وان شاء تزوجها. وقد عمل الإسلام على تحسين أوضاع السبايا فأمر بحسن معاملتهن وعدم بيع من يظهر عليها الحمل وعد أولادهن أحرارا ولهم حق الانتساب إلى أبيهم ووراثته حين يموت [2]. وقد سمي هذا النوع من النكاح نكاح الظعينة.

ب - نكاح الضيزن (المقت):

وهو نكاح معروف من أنكحة العرب قبل الإسلام؛ ذلك إن احداهن كانت إذا مات عنها زوجها كان ابنه أو قريبه أولى بها من غيره ومنها بنفسها، إن شاء نكحها، وإن شاء عضلها فمنعها من غيره ولم يزوجها حتى تموت. وظل هذا شأنهم إلى أن نزل الوحي بتحريم ذلك ﴿لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرهاً﴾[3]. وهذا الزواج كان معروفاً، وقد مارسه أناس معروفون ولكنه كان ممقوتاً من الأكثرية، ولذلك عرف بـ «زواج المقت»، وأطلقوا على الرجل الذي يخلف امرأة أبيه إذا طلقها أو مات عنها وقبل من يزاحم أباه فيَ امرأته «الضيزن». وقالوا للولد الذي يولد من هذا الزواج مقتي ومقيت[4]. وقد أبطل الإسلام هذا النكاح المقيت وما يتعلق به [5].

ج - نكاح المتعة:

ويسمى الزواج المؤقت، وهو نكاح إلى أجل، فإذا انقضى وقعت الفرقة.

---

(1) محمد محمود جمعة، النظم الاجتماعية عند قدماء العرب والأمم السامية، (القاهرة، 1949)، ص42 - 43.

(2) هاشم يحى الملاح، مرجع سابق، ص362.

(3) سورة النساء: الآية: 19.

(4) السرخسى، المبسوط، ج4، ص، 198.

(5) عبد الكريم زيدان، المدخل، ص27.

وقد كان هذا النوع من الزواج معروفاً عند ظهور الإسلام. وسمي بالمتعة؛ لان الرجل ينتفع بالزواج ويتمتع إلى الأجل الذي وقته [1].

وقد أشير إليه في القرآن الكريم: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِ مِن بَعْدِ الْفَرِيضَةِ إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيماً حَكِيماً﴾[2].

وللفقهاء آراء في المتعة، ولا تزال معروفة في بعض المذاهب. ومن دوافع حدوث هذا الزواج التنقل والأسفار والحروب، حيث يضطر المرء إلى الاقتران بامرأة لأجل معين على صداق. فإذا انتهى الأجل، انفسخ العقد. وعلى المرأة أن تعتدّ كما في أنواع الزواج الأخرى قبل أن يسمح لها بالاقتران بزوج آخر. فهو كزواج البعولة، فيما سوى الاتفاق على أجل معين يحدد مدة الزواج [3].

د - نكاح البدل:

وهو أن يقول الرجل للرجل: «انزل لي عن امرأتك، وأنزل لك عن امرأتي». فهو زواج بطريق المبادلة بغير مهر[4].

هـ - نكاح الشغار:

وهو أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته، ليس بينهما صداق. وذلك كأن يقول الرجل للرجل: زوجني ابنتك، وأزوجك ابنتي، أو زوجني أختك وأزوجك أختي. ويكون هذا الزواج بغير مهر. ولا يكون الشغار إلاّ أن تنكحه وليتك على أن ينكحك وليته». فكان الرجل يقول للرجل: شاغرني، أي: زوجني أختك أو بنتك أو من تلي أمرها حتى أزوجك أختي أو بنتي أو من إليّ أمرها ولا يكون بينهما مهر. وقد نهى عنه الإسلام [5]، وهو معروف حتى اليوم مع ورود النهي عنه، ولاسيما بين الطبقات الفقيرة وغير المتحضرة.

---

(1) السيد سابق، فقه السنة، ط4، دار الفكر، (بيروت، 1983م)، ص35.
(2) النساء: الآية 24.
(3) لمزيد من التفصيل حول آراء الفقهاء، انظر: صالح الورداني، زواج المتعة، ط1، دار الغدير، (قم، 2003)، ص21 وما بعدها.
(4) جواد علي، المفصل، ج5، ص537
(5) عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص26.

وللوضع الاقتصادي والاجتماعي دخل كبير في هذا الزواج، لعدم وجود المهر، إذ حل التقايض فيه محل المهر. ولهذا لم ينظر إليه نظرة استهجان لوجود هذا التقايض فيه الذي يقوم مقام المهر.

و - نكاح الاستبضاع:

وهو أن يقول رجل لامرأته إذا طهرت من طمثها: أرسلي إلى فلان فاستبضعي منه، لتحملي منه. ويعتزلها زوجها، ولا يمسها أبداً حتى يتبين حملها من ذلك الرجل الذي تستبضع منه، فإذا حملت أصابها زوجها إذا أحب، وإنما يفعل ذلك رغبة في إنجاب الولد، لأنهم كانوا يطلبون ذلك من أكابرهم ورؤسائهم في الشجاعة أو الكرم أو غير ذلك [1].

ز - نكاح الرهط:

وهو زواج يجتمع فيه الرهط ما دون العشرة، فيدخلون على المرأة كلهم، وذلك برضاء منها وتواطؤ بينهم وبينها، فإذا حملت ووضعت، أرسلت إليهم فلم يستطع رجل منهم أن يمتنع حتى يجتمعوا عندها، فتقول لهم: قد عرفتم الذي من أمركم، وقد ولدت، ثم تسمي احدهم، وتقول له: فهو ابنك يا فلان، فيلحق به ولدها، ولا يستطيع أن يمتنع به الرجل. وقد قيل إن هذا يكون إن كان المولود ذكراً، وإلا فلا تفعل لما عرف من كراهتهم للبنت وخوفاً من قتلهم للمولودة. [2]

ويقال لهذا النوع من الزواج زواج "تعدد الأزواج" وذلك لوجود امرأة واحدة فيه وعدد من الرجال تختارهم المرأة، التي تكون زوجة مشتركة بينهم، وهو عكس زواج تعدد النساء للرجل الواحد، حيث يتزوج الرجل الواحد بموجبه عدداً من النساء، بعلاً لهن.

ح - نكاح صاحبات الرايات (البغايا):

وهو نكاح يجتمع الناس الكثير فيدخلون على المرأة التي لا تمنع من جاءها، وهن البغايا كن ينصبن على أبوابهن رايات تكون علماً، فمن أرادهن

---

(1) جواد علي، المفصل، ج5، ص539.

(2) جواد علي، المفصل، ج5، ص539 – 542.

دخل عليهن. فإذا حملت إحداهن ووضعت حملها، جمعوا لها، ثم ألحقوا ولدها بالذي يرون، وعليه أن لا يمتنع من ذلك. وذكر أن تلك الرايات كانت رايات حمراً. وهذا الزواج سفاح، وقد عُدّ في القرآن الكريم «زنا»، ولو كان فيه استحقاق الولد بوالد. فليس في هذا الزواج صداق ولا خطبة على عادة العرب، ومن يفعله من الرجال، لم يكن يقصد به زواجاً بمعنى الزواج، وإنما التسلية وتحقيق شهوة بثمن، ولهذا فهما من أبواب الزنا والسفاح[1].

ط - نكاح الخدن:

ويعرف بزواج الصديقة، وفيه تزوج المرأة نفسها للرجل عن حرية وطيب خاطر وكانت الهدية التي تقدم لها بهذه المناسبة تدعى الصداق وكان للزوجة حق تطليق نفسها متى شاءت، وقد عرف هذا النوع من الزواج عند العرب[2].

وقد أشير إليه في القرآن الكريم ﴿وآتوهن أجورهن بالمعروف محصنات غير مسافحات ولا متخذات أخدان﴾[3]، ومعناها اتخاذ أخلاء في السر وذلك باتخاذ الرجل صديقة له، أو اتخاذ المرأة صديقاً لها. ويكون ذلك بالطبع بتراضٍ واتفاق، و«ذات الخدن» هي من اتخذت لها صديقاً واحداً، وقد نهي عن اتخاذ الأخدان في جملة ما نهى عنه الإسلام. وكان الرجل قبل الإسلام يتخذ خدناً لجواريه، ليحدث الجارية ويصاحبها ويؤنسها لكي لا تستوحش، وقد يتصل بها، وقد نهى الإسلام عن هذا النوع من النكاح.

❖ فرق النكاح

هي ما تنحل به عقود النكاح، فينقطع بها ما بين الزوجين من علاقة زوجية[4]، وسنذكر فيما يأتي بعض هذه الفرق التي كانت عند العرب وما طرأ عليها في الإسلام.

---

(1) المرجع نفسه، ص540

(2) هاشم يحيى الملاح، مرجع سابق، ص362.

(3) النساء: الآية 25.

(4) علي الخفيف، محاضرات في فرق الزواج، ص1.

أ - الطلاق:

الطلاق حل قيد النكاح. وهو مشروع [1]. وكما كان الزواج، كذلك كان الطلاق عند العرب قبل الإسلام. ولا بد أن تكون له قواعد وأعراف وأسباب. وقد ذكر أن عادة العرب قبل الإسلام أن يقول الرجل لزوجته إذا طلقها: «حبلك على غاربك». أي خليت سبيلك، فاذهبي حيث شئتِ، ويقول: «أنتِ مُخلَّى كهذا البعير»، و«الحقي بأهلك»، و«اذهبي فلا أنده سربك»، و«اخترت الضباء على البقر»، و«فارقتك»، أو «سرحتك»، أو الخلية، أو البرية، ومما شابه ذلك من عبارات. ومصطلحات الطلاق هذه مصطلحات نابعة من صميم محيط جزيرة العرب، آثار البداوة عليها واضحة جلية، والروح الأعرابية ظاهرة فيها بارزة، وما الأمثلة المتقدمة إلا نماذج من تلك المصطلحات. وورد أن قبل الإسلام كانوا يقولون للمرأة: أنت خلية، كناية عن الطلاق، فكانت تطلق منه. وكانوا يقولون: أنتِ برية أنت خلية، فتطلق بها المرأة. والطلاق من المصطلحات الجاهلية القديمة، وهو يعني عندهم تنازل الرجل من كل حقوقه التي كانت على زوجه ومفارقته لها[2].

والطلاق الشائع بين أهل مكة عند ظهور الإسلام، هو طلاق المرأة ثلاثا على التفرقة. فكان أحدهم يطلق زوجته واحدة، وهو أحق الناس بها، ثم يعود إليها إن شاء، ثم يطلقها ثانية: وله أن يعود إليها إن رغب، حتى إذا استوفى الثلاث انقطع السبيل عنها، فتصبح طالقة طلاقا بائناً. ومعنى هذا عدم إمكان الرجوع إلى الزوجة بعد وقوع الطلاق الثالث مهما أوجد المطلق له من أعذار. ويظهر أن العرب قبل الإسلام كانوا قد أوجدوا حلاً لهذا الطلاق الشاذ، فأباحوا للزوج أن يرجع زوجته إليه بعد الطلاق الثالث، ولكن بشرط أن تتزوج بعد وقوع الطلاق الثالث من رجل غريب، على أن يطلقها بعد اقترانها به، وعندئذ يجوز للزوج الأول أن يعود إليها بزواج جديد. ولذلك عرف الطلاق البائن: أنه الذي لا يملك الزوج فيه استرجاع المرأة إلا بعقد جديد. وقد ذكر في كتب الحديث ويقال في الإسلام للرجل الذي يتزوج المطلقة بهذا الطلاق ليحلّها لزوجها القديم «المحلل» ويقال لفاعله "التيس

(1) ابن قدامة، مصدر سابق، مج 7، ص، 277.

(2) جوادعلى، المفصل، ج5، ص 548.

المستعار" و"المجحش". وهو رجل مذموم عند العرب قبل الإسلام ومحرم في الإسلام. لم يعمل به إلا بعض الجهلاء من الناس، ممن ليست لهم سيطرة على أنفسهم، بل يعملون أعمالاً ثم يندمون على ما فعلوه [1].

ب - الظهار:

وهو نوع آخر من الطلاق، ودعي ظِهاراً من تشبيه الرجل زوجته أو ما يعبر به عنها أو جزء شائع محرم عليه تأبيداً، كأن يقول الرجل لامرأته: أنت علي كظهر أمي أو كبطنها، أو كفخذها أو كفرجها، أو كظهر أختي، أو عمتي، وما شابه ذلك، فيقع بذلك الظِهار. وقد أشير إليه في القرآن الكريم: ﴿والذين يظاهرون منكم من نسائهم، ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلاّ اللائي ولدنهم، وأنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً﴾[2]. وهو طلاق يظهر أنه كان شائعاً فاشياً عند العرب قبل الإسلام، وسبب انتشاره التسرع، والتهور، وعدم ضبط النفس، والانفعالات العاطفية. وكان عندهم بمنزلة الطلاق[3].

وكان الظهار من أشد طلاق أهل الجاهلية، وكان في غاية التحريم عندهم. فكان الرجل إذا ظاهر امرأته، بأن قال لها: أنت علي كظهر أمي، حرمت عليه، وصارت طالقاً، فلما كان الإسلام، جعل الكفارة فيه، ولم يجعله طلاقاً، كما كانوا يعتمدونه في جاهليتهم[4].

فإذا تخاصموا مع نسائهم أو مع أقربائهم، اقسموا يمين الظهار. وقد كان هذا اليمين من أيمان أهل الجاهلية خاصة. ولهذا الطلاق باب في كتب الحديث والفقه في أحكام الطلاق، وقد نهى عنه الإسلام وأوجب الكفاّرة على من ظاهر من امرأته.

ج - الإيلاء:

وهو نوع آخر من طلاق العرب قبل الاسلام وسمي (بالإيلاء)، وهو

(1) جواد علي، المفصل، ج5، ص549.
(2) المجادلة: الآية 2.
(3) الجصاص، أحكام القران، ج1، ص357.
(4) السيد سابق، مرجع سابق، ص264 - 268.

الحلف الواقع من الزوج أن لا يطأ زوجته. القسم على ترك المرأة مدة، مثل شهور أو سنة أو سنتين، أو أكثر، لا يقترب في خلالها منها، وقد أشير إليه في رواية تنسب إلى ابن عباس. وقد أقر الإسلام الإيلاء، ولكن وقّت له أربعة أشهر إذا مضت دون أن يقرب زوجته وقعت الفرقة بينهما بتطليقة بائنة عند بعض الفقهاء وبتطليقة رجعية عند البعض الآخر[1].

د - الخلع:

الطلاق حق من حقوق الرجل، يستعمله متى شاء. أما الزوجة، فليس لها حق الطلاق، ولكنها تستطيع خلع نفسها من زوجها بالاتفاق معه على ترضية تقدمها إليه، كأن يتفاوض أهلها أو ولي أمرها أو من توسطه للتفاوض مع الزوج في تطليقها منه في مقابل مال أو جُعل يقدم إليه. فإذا وافق عليه وطلقها، يقال عندئذ لهذا النوع من الطلاق «الخلع». فالخلع إذن، هو طلاق يقع بدفع مال، تدفعه المرأة أو أقرباؤها للرجل في مقابل تخلية سبيلها وافتداء نفسها به، وقد أقر الإسلام الخلع وبين الفقهاء شروطه وما يتعلق به[2].

وكان الرجل قبل الإسلام يطلق زوجته، ويفارقها، غير أنه لم يكن يسمح لها بالتزوج من غيره حميّة وغيرة، ويهددها ويهدد أهلها إن حاولت الزواج، أو يرضي أهلها وأولياءها بالمال. فلا يجيزوا لها الزواج وقد نهى عن ذلك الإسلام.

وقد يهمل الرجل زوجته، فلا يراجعها ولا يطلقها، ويظل مفارقا لها، إلى أن ترضيه بدفع شيء له، فيسمح لها عندئذ بالطلاق وبالزواج من غيره ويقال لذلك «العضل». و«كان العضل في قريش بمكة. ينكح الرجل المرأة الشريفة فلعلّها لا توافقه فيفارقها، على أن لا تتزوج إلا بإذنه فيأتي بالشهود، فيكتب ذلك عليها، ويشهد، فإذا خَطبَها خاطب فإن أعطته وأرضته أذن لها، وإلاّ عضلها». وقد حرم العضل في جملة ما حرم من أحكام قبل الإسلام في الإسلام[3].

(1) عبد الكريم زيدان، المدخل، ص30.
(2) عبد الكريم زيدان، المدخل، ص30.
(3) جواد علي، المفصل، ج5، ص552.

ولما كان الطلاق بيد الرجل في الغالب، كان أهل الزوجة يكرهون زوجها أحياناً على تطليقها، إذا أرادوا تطليقها منه، بتخويفه أو بضربه أو بما شاكل ذلك من طرق حتى يرضخ لأمرهم، ويعدّ ذلك طلاقاً مشروعاً عندهم، وإن كان قد وقع كرهاً ومن غير رضا الزوج، وعدّ طلاق الغاضب والسكران والهازل طلاقاً عند بعض قبل الإسلام لصدور صيغة الطلاق من الرجل وتفوهه به[1]. وطالما يكون الطلاق من عصبية وهياج ومن سلطان غضب، وحين يهدأ روع المرء يندم على ما فرط منه، لذلك شدد الإسلام فيه مع إباحته له لضرورته بأن جعله أبغض الحلال إلى اللّه. وقد اقره الإسلام بان جعل حق الرجل ثلاث تطليقات وبتمامها تتم الفرقة بين الزوجين، وبهذا ألغى الإسلام عادة الجاهلية التي تعطي للمطلق الحق في منع مطلقته من الزواج.

❖ العدة

وعلى المرأة في الإسلام اتخاذ «العدة» عند طلاقها وعند موت زوجها، والغاية من ذلك المحافظة على النسب، وعلى الدماء كراهة أن تختلط بالزواج العاجل بعد الطلاق أو الموت، فوضعوا لذلك مدة لا يسمح فيها للمرأة خلالها بالزواج تسمى «العدة». وعدة المرأة أيام قروئها، وعدتها أيضاً أيام حدادها على بعلها وإمساكها عن الزينة شهوراً كان أو اقراءً أو وضع حمل حملته من زوجها[2].

وقد ذكر في الحديث أن المطلقة لم تكن لها عدة، فأنزل الله تعالى العدة، للطلاق والمتوفى زوجها، أي أن عدة المطلقة لم تكن معروفة قبل الإسلام، وإنما فرضت في الإسلام. فكانت المرأة المطلقة تتزوج قبل الإسلام دون مراعاة لعدة، وإذا كانت حاملاً، عد حملها مولوداً من زوجها الجديد. ويكون الزوج عندئذ والداً شرعياً لذلك المولود، وان كانت الأم تعرف أن حملها هو من بعلها الأول.

وأما «عدة» المتوفى عنها زوجها عند العرب قبل الإسلام، فهي مدة حدادها حولاً كاملاً. وقد أبطلها الإسلام. إذ جعل العدة للطلاق والوفاة، كما

---

(1) المرجع نفسه، ص 554.

(2) ابن قدامة، مصدر سابق، مج8، ص78 - 80.

نص عليها في كتب الفقه. وقد ذكر أن المرأة إذا توفي عنها زوجها دخلت حفشاً ولبست شرّ ثيابها ولم تمس طيباً حتى تمرّ بها سنة، ثم تؤتى بدابة حمار أو طائر فتفتض به، ثم تخرج فتعطى بعرة فترمى بها ثم تراجع بعد ما شاءت من طيب أو غيره[1].

وإذا طلقت المرأة وهي عالقة من زوجها، وتزوجها زوج آخر، فولدت له مولوداً في وقت لا يمكن أن يعدَ المولود فيه من زوجها الثاني، عدّ المولود ولداً للزوج الجديد. أما الإسلام «فقد اعتبره ولداً للزوج المطلق»[2].

❖ النسب

وينسب الولد في العرف الجاهلي إلى الأب. وعرفهم في ذلك «الولد للفراش». وهو يرث والده. ولهذا ألحق أولاد الزنا بآبائهم فنسبوا إليهم. أما إذا كثر أزواج المرأة، فيلحق المولود بالوالد، حسب قول المرأة أو حسب الشبه إن وقع خلاف في ذلك.

والإستلحاق معروف قبل الإسلام. وهو أن يقر رجل بأبوته الحقيقية لولد، ويدعيه ابناً له، فيلحق هذا الابن به. وإذا استلحق الرجل ولد أمته به، صار ولده؛ لأن سادات الإماء كانوا يتصلون بإمائهم قبل الإسلام من غير عقد زواج، على أساس أن الأمة ملك مالكها وسيدها، فله حق إلحاق أبنائها به إن شاء[3].

❖ التبني

وقد عرف العرب قبل الإسلام نظام «التبني»، فيجوز لأي شخص كان أن يتبنى، ويكون للمتُبني الحقوق الطبيعية الموروثة المعترف بها للأبناء. ويكون بهذا التبني فرداً في العائلة التي تبنته، له حق الانتماء والانتساب إليها. وهو يتم بالاتفاق والتراضي مع والد الطفل أو ولي أمره أو صاحبه مالكه، وذلك بالنزول عن كل حق له فيه، وبعد الاتفاق، يعلن المتبني عن تبنيه للطفل

(1) جواد على، المفصل، ج5، ص556 – 557.
(2) جواد على، المفصل، ج5، ص556 – 557.
(3) المرجع نفسه، ص 599.

وإلحاقه به، فيكون عندئذ في منزلة ولده الصحيح في كل الحقوق. والعادة إشهاد جماعة من الناس على التبني حتى لا يحدث نزاع على المتبنى فيما بعد. فقد كانوا يعلنون عنه في الأماكن العامة وفي المناسبات وفي بيوتهم الخاصة كما ذكرت. والتبني معروف عند جميع الأمم [1].

❖ الوصية والميراث

أ - الوصية:

التوصية، والوصية، والايصاء - في اللغة - هي أن يطلب الإنسان فعلا من غيره ليفعله في غيبته حال حياته أو بعد موته. وسميت وصية لاتصالها بأمر الميت، وذلك بأن يكتب الرجل ما يراه بشأن ما يتركه بعد وفاته. أما في الاصطلاح فقد ذهب الفقهاء في تعريف الوصية مذاهب شتى ومثلها كانت القوانين الوضعية ولعل أفضل التعاريف للوصية هو: «الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت»[2].

وقد عرف العرب هذا التصرف القانوني، وكانوا يجيزون الوصية للوارث وغيره، ودون تحديد لمقدارها، وقد أقر الإسلام مبدأ الوصية وجعلها في حدود ثلث تركة الموصي، وما زاد على الثلث موقوف على إجازة الورثة كما أجازها بالنسبة لغير الورثة وجعلها نافذة، أما بالنسبة للوارث فقد جعلها على إجازة بقية الورثة[3].

ب - الإرث:

وأسباب الميراث: النسب والتبني والموالاة. ويراعى في الوراثة من النسب، درجة القرابة، أي صلة الرحم حسب درجاتها ومقدار التحامها بالشخص المتوفى. فتأتي البنوة أولاً، فالأبوة، فالأخوة، ثم العمومة. وقد قدمت الإخوة أولاً؛ لأنها ألصق القرابات بالمتوفى، لذلك تقدم على كل قرابة أخرى [4].

---

(1) جواد على، المفصل، ج5، ص559.

(2) احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية، جامعة بغداد، (بغداد، د. ت)، ج2، ص13.

(3) الجصاص، أحكام القرآن، ج1، ص164.

(4) عبد الكريم زيدان، المدخل، ص4.

والقاعدة العامة في الميراث عند العرب قبل الإسلام هي أن يكون الإرث خاصاً بالذكور الكبار دون الإناث، على أن يكونوا ممن يركب الفرس ويحمل السيف، أي المحارب. وكانوا لا يورثون الجواري ولا الصغار من الغلمان [1].

وكانت المرأة من ضمن تركة المتوفى إذا لم تكن أم ولد، وعلاقتها في الإرث تبدو مبهمة فحالها حال تركة الميت، تذهب لابن المتوفى الذي ربما تزوج بها إن لم تكن أمه. ويكون من حق الابن البكر التزوج بها، وإذا لم تكن له نفس بها، انتقل حقه فيها إلى الولد الثاني. وإذا لم يرغب فيها انتقل حقه إلى بقية الورثة بحسب قربهم من الميت وحقهم في الميراث. ومن حق الولد البكر أيضاً منع المرأة من التزوج إلاّ بعد إرضائه، وكذلك من حق بقية الورثة المطالبة بهذا الحق إذا ما صارت زوجة المتوفى المذكور من حقهم؛ لأنها من تركة ميتهم، والتركة هي تركتهم وملكهم، ولا يجوز لأحد مجادلتهم في هذا الحق[2].

ولم يكن للبنات شيء مما ترك الميت حتى عرف عند العرب عادة أن الإخوة يرثون الميت إذا لم يكن لديه أولاد، ويرثونه وحدهم أيضاً، ولم تكن عادة حرمان النساء من الإرث عامة عند جميع القبائل ولم يقف أهل القضاء العرفي في توزيع تركة الميت موقفاً واحداً فمنهم من جوّزوا حصول العصبة من أقربائه في وراثته في حال ليس لديه من الذكور من يرثه، وأشاروا إلى إمكانية أن تصرف تركته إلى أخوته أو أقربائه إن لم يكن له أخوة، ولا يدفع إلى الأخوات، فلما جاء الإسلام جعل للبنات والنساء حقاً في الميراث [3].

ومن الأعراف القديمة عند العرب قبل الإسلام، أن يرث المتبنون من الأول. فإذا مات متبنيه حق له أن يرثه ومن شريعتهم أيضاً إلحاق نسب ابن الزانية بأبيه واستحقاق الإرث وما يترتب على البنوة من حقوق، أما الإسلام فقد ألغى ذلك بحديث الولد للفراش وللعاهر الحجر، أي لا حق للرجل في النسب ولا حظ له في الولد، وإنما هو لصاحب الفراش أي لصاحب أم الولد [4].

---

(1) الطبري، تفسير الطبري، (بيروت، د. ت)، 4ج، ص185.

(2) جواد علي، المفصل، ج5، ص274.

(3) الطبري، التفسير، 4ج، ص191.

(4) العسقلاني، أرشاد الساري إلى صحيح البخاري، (بيروت، بلا)، ج 10، ص11.

المبحث الثاني

العقود والالتزامات قبل الإسلام

عرف العرب قبل الإسلام أنواعاً من المعاملات وكثيراً من العقود والالتزامات وسنبين فيما يأتي بعض الآثار الدالة على معرفتهم لبعض عقود المعاملات من خلال ما جرى عندهم مجرى العرف. لقد أقروا كغيرهم من الشعوب مبدأ الوفاء بالعقود وبالالتزامات، مهما كانت، ما دامت قد تمت برضاء الطرفين وباختيارهما. ومن تلك العقود عقود الزواج، والديون، والشركات والمزارعة، وغير ذلك. وقد تعقد العقود بغير كتاب، أي باتفاق لساني، وقد تتم بكتاب يدون عليه ما اتفق عليه، وقد يشهد على العقد شهود. ويكتب العقد، أي الاتفاق إذا أريد أن يكون كتابة، على كتاب قد يكون صحيفة. يدوّن فيه كل ما اتفق عليه. ويعبر عن صحيفة العقود بلفظة «ص ل ت» «صلت» و«ص ل وت» في بعض اللهجات العربية الجنوبية. ومن معانيها «سمع»، وتؤدي معنى أن موقعي العقد قد سموا شروط العقد وعرفوها، فهم على علم بها وشهادة [1].

❖ البيوع:

وعرفوا أنواعاً من البيوع فأقرهم الإسلام على البيوع الصحيحة القائمة على التراضي، وأبطل منها ما يخالف قاعدة التراضي، أو فيه غرر أو أكل مال الغير بالباطل. وقد أبطل الإسلام البيوع الآتية:

(1) **بيع المنابذة وبيع الحصاة:** فكان أحدهم إذا لمس السلعة أو ألقى الثوب صاحبه أو وضع عليه حصاة وجب البيع فكان وقع الملك متعلقا بغير الإيجاب والقبول أي بفعل آخر يفعله أحدهما فأبطله الإسلام[2].

(2) **بيع النجش:** وكان مألوفا عندهم ومعناه أن يحضر الرجل

---

(1) جواد علي، المفصل، ج5، ص612.

(2) الشوكاني، نيل الاوطار، ج5، ص147، 150.

السلعة تباع فيعطي بها ثمنا وهو لا يريد شراءها ليقتدي به السوام فيدفعون بها أكثر مما كانوا يعطون لو لم يسمعوا سومه وقد نهى النبي (ﷺ) عن النجش[1].

(3) **بيع المدين:** أجاز العرف الجاهلي أن يبيع الدائن مدينه استيفاء للدين إذا لم يسدد المدين الدين في ميعاده فجاء الإسلام وحرم هذه العادة ؛ لان الدين بذمة المدين ويستحق الدائن بهذا التعلق المطالبة ولا سلطان له على المدين بالبيع ونحوه [2].

❖ الهبة:

القاعدة العامة في الهبة، أنها عطية خالية من الأعواض والأغراض، ولهذا فإنها لا تسترجع ولا يؤمل الحصول على مقابل لها. ويقال للمكثر منها وهّاباً. وقد كان الجاهليون مثل أي أمة أخرى يتواهبون فيما بينهم. ولا تكون الهبة عن إكراه وقد كان البعض يهبون هبات على أمل الحصول على تعويض أو زيادة.

والقاعدة العامة في الهبات، أنها عطاء إذا تصرف به، فلا يصح لمن وهبه أن يطلب إرجاعه؛ لأنه وهبه عن طيب خاطر وليس عن جبر وإكراه. أما إذا أجبر شخص على إعطاء شخص آخر شي على أنه هدية، فلا يعد ما أعطى هدية، وإنما يكون غصباً. ومن حق صاحب ذلك الشيء المطالبة بإعادته إليه، إن أثبت بالبينة أن ما يطالب به قد اغتصب منه؛ لأن الغصب ظلم والظلم يجب أن يزال [3].

❖ الكفيل والكفالة:

الكافل والكفيل الضامنُ. وعلى الكفيل دفع ما بذمة المدين من دين كفله وتعهد للدائن بأدائه إليه في حالة عجز المدين أو نكوله أو امتناعه عن دفعه. فإن الكفالة عقد وعلى المتعاقدين الوفاء بالعقود. ولهذا كان الكفيل

(1) الشوكاني، مصدر سابق، ج5، ص166.
(2) عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص37.
(3) جواد علي، المفصل، ج5، ص617.

قبل الإسلام كالمدين الأصيل في وجوب وفائه بدين المدين. وقد يكون الكفيل جملة أشخاص، أي جملة كفلاء تعهدوا جميعاً بالوفاء عن المدين، فتكون المسؤولية عامة، ويجوز قيام واحد منهم بالوفاء عن الجميع في حالة موافقة جميع المتعاقدين[1].

❖ الرهن:

الرهن: هو ما يوضع وثيقة للدين. وقد عرفه العرب قبل الإسلام، وورد ذكره في القرآن الكريم، وأقر في الإسلام. ولا يتم الرهن إلا بالقبض، أي بتسليم المرهون إلى الدائن. وفي جملة ما يرهن السلاح والذهب والفضة والأرض والزرع والأشخاص مثل النساء والأولاد والرقيق[2].

وقد كان الرهن معروفاً شائعاً بين أهل يثرب ومكة، فكانوا يبيعون الطعام في مقابل رهن يوضع عند البائع حتى يؤدي المشتري الثمن، أي حتى الوفاء. وعرفوا عقد الرهن الحيازي وكان عندهم يجوز أن يتملك المرتهن المرهون إذا حل اجل الدين ولم يدفعه المدين (الراهن). ويتم هذا التملك بالشرط عند الرهن أو بناء على العرف الجاري وقد نهى الإسلام عن هذا[3].

وقد كان من حق المرتهن الاستيلاء على الرهن، إذا مضى أجل الرهن ولم يدفع الراهن ما عليه. كما يجوز له بيع الرهن ومطالبة الراهن بالفرق إن لم يستكمل الرهن المبلغ الذي رهن الرهن عليه.

وقد استعمل رهن الأشخاص في الأمور السياسية في الغالب، إذ كان المقهورون من الملوك والأشراف وسادات القبائل يضعون أبنائهم أو أقرب الناس إليهم رهائن لدى الغالبين تكون وديعة عندهم وضماناً لحسن سلوكهم وبعدم خروجهم على طاعة الغالبين. كما استعمل في مقابل الضمان والكفالة بدفع ثمن الدم، أي الدية، وثمن فك الرقبة، أي الفدية إلى أن يؤدى المال المتفق عليه.

---

(1) جواد علي، المفصل، ج5، ص617.

(2) المرجع نفسه، ج5، ص622.

(3) عبد الكريم زيدان، المرجع، ص35.

❖ **الودائع:**

والوديعة ما يستودع من مال وغيره. وقد أشير إليها في نصوص المسند. ويظهر منها أنهم كانوا يشهدون الآلهة على حسن الأداء وعلى الوفاء بشروط الوديعة، وإعادتها تامة كاملة عند الوفاء، إن اتفق على ذلك في شروط الإيداع. ويعبرون عن إشهاد الآلهة على الوديعة وعلى شروط الوفاء بلفظة «ستوثق»، أي الوثوق والاستيثاق[1].

ويقال للوديعة "دعت" و"ديعت" في العربيات الجنوبية، ويجب على من أودعت الوديعة إليه المحافظة عليها وتسليمها إلى صاحبها على هيئاتها يوم أخذها. كلمات، حرمنا الوقوف على حكمها في أيام ذلك الملك[2].

❖ **الأعراف التجارية:**

1 - 2 - 3 - 4 - 5 - 6 - 7 - 8 - 9 - 10 - 11 - 12 - 13 - 14 - 15 - 16 - 17 - 18 - 19 - 20 - 21 - 22 - 23 - 24 - 25 - 26 - 27 - 28 - 29 - 30 - 31 - 32 - 33 - 34 - وتعد التجارة من أشرف الأعمال عند العرب، ونجد سادتهم يحترفونها ويساهمون في تكوين الشركات للاتجار، ويسافرون بين جزيرة العرب وخارجها للبيع والشراء. وكل ما لدينا في الوقت الحاضر، قانون أصدره الملك «شهر هلل» «شهر هلال» في تنظيم التجارة وفي واجبات التاجر والضرائب التي يجب أن يدفعها إلى الحكومة. أمر بإعلانه وتدوينه ليقف عليه تجار عاصمته مدينة «تمنع»، وهي «كحلان» في الوقت الحاضر، وليقف عليه التجار الذين يقصدون عاصمته أيضاً يقصد الاتجار وقد دوّنه على حجر يبلغ طوله مترين، ونصبه في الحي التجاري من العاصمة، وهو الحي المعروف بـ «شكر»[3].

وقد جاء فيه أن على من يريد الاشتغال بالتجارة في منطقة «شمر» أن يقدم «عرباً» «عرب»، أي «عربوناً» وضماناً، وأن يقيم في هذه المنطقة ويتعامل بالتجارة بها وحدها، وبالأسعار السائدة فيها. وللقتبانيين العاملين

---

(1) جواد علي، المفصل، ج5، ص622.

(2) المرجع نفسه، ص623.

(3) المرجع نفسه، ص624.

في التجارة في هذه المنطقة حق الشراء من الخارج أيضاً.

وتطرق النص إلى الفروق التي قد تحدث في الأسعار، والى الخسائر التي قد تلحق بالخزينة من جراء انخفاض الضرائب التي ستنشأ من الفروق بين الأسعار، ومن المضاربات، فأوجب على سيد شمر، أي على القائم بأمر هذه المنظمَة التجارية بأن يدفع تعويضاً عن ذلك. كما تحدث عن "العربون" أي الضمان الذي يقدمه التاجر في مقابل حق اشتغاله بالتجارة ولضمان عدم تلاعبه أو تحايله في البيع والشراء[1].

وتحدث عن العقوبات ومن جملتها حق مصادرة الأموال وبيوت التجار، وفي حالة ما إذا كان ضمانهم غير كاف أو أقل من المطلوب، وعن الأحوال التيَ قد تتجاوز فيها العقوبات التي قد تفرض على التاجر مقدار الضمان المقدم.

وغاية المشرع من تشريع القانون المتقدم، ضبط الأسعار وحماية السوق من التلاعب، وتنظيم الجباية وحماية مصالح الحكومة فيها. ونجد في بعض الكتابات السبئية قوانين وضعت في تنظيم نقل الماشية من المناطق المعينية إلى "مأرب" عاصمة سبأ. فتطرقت إلى كيفية نقل الماشية والى حقوق أصحاب الأرض التي تمر الماشية عليها، والى وجوب تأمين الماء والأكل ولمن يحرسها لإيصالها إلى عاصمة سبأ. ثم إلى الضرائب التي تؤخذ عنها، لدفعها إلى الحكومة والى المعبد[2].

❖ القرض والربا:

عرف العرب عقد القرض وكانوا يجرونه بالربا. وكان الربا شائعا معروفا عند هم، فكانوا يتداينون إلى أجل بزيادة مشروطة فكانت الزيادة بدلاً من الأجل وإذا ما حل وقت الأداء قال الدائن للمدين: أدِ أو أربِ ، فان لم يؤد زاد الدائن شيئاً على الدين وهكذا يتضاعف الدين علىَ المدين[3].

---

(1) هاشم يحيى الملاح، مرجع سابق، ص73.

(2) رودو كاناكيس، الحياة العامة للدول العربية الجنوبية، بحث في كتاب، التاريخ العربي القديم، (القاهرة، 1958م)، ص124 - 125.

(3) الجصاص، مصدر سابق، ج1، ص 464.

وكان الناس يلجئون إلى الربا لفقرهم مما يدفعهم إلى استدانتهم من ذوي المال بفائض مرتفع جداً. ويعد الربح المفروض على الدين، الذي هو رباه، جزء من الدين، إذا امتنع المدين من أدائه للمرابي، يكون ناكلاً بموجبه للعهد، وعليه دفعه للمدين، وإذا كان المرابي قاسياً قوياً استحصله من المدين بالقوة، وقد يؤجله عليه على أن يدفع ربا عن هذا التأجيل.

وقد حرم الإسلام «الربا» وأبطله. فنزل الأمر بتحريمه في القرآن، وأبطل رسول الله ﷺ كل ربا كان قبل الإسلام في خطبة الوداع. وقد قسّم العلماء الربا على ثلاثة أنواع: ربا الفضل، وهو البيع مع زيادة أحد العوضين على الآخر، وربا اليد، وهو البيع مع تأخير قبضهما أو قبض أحدهما، وربا النسأ، وهو البيع لأجل. وقد حرم الإسلام كل هذه الأنواع.

❖ الإجارة:

الإجارة مشتقة من الأجر وهو العوض، ومنه سمي الثواب أجرا، وفي الشرع: عقد على المنافع بعوض [1]. والإجارة ما أعطيت من أجر في عمل. والأجرة: الكراءُ. وهو اتفاق يتم مقابل مبادلة منفعة، أو عمل بمال. كأن يشغل رجل رجلاً لأداء عمل ما في مقابل أجر يتفق عليه. يدفع للأجير أما عيناً، أي من العمل الذي قام به، كأن يعطي كيلاً يتفق عليه من قمح يقوم بطحنه، أو أرغفة خبز مما يخبزه أو شيئاً من ذبيحة يكلف بذبحها، أو أن يدفع له نقداً، أي بالنقود أو بعين، كأن يدفع له تمراً أو قماشاً أو ما شابه ذلك في مقابل أجر العمل الذي كلف به، لقلة النقود في ذلك الوقت. كأن يدفع لعامل البناء أو النجار تمراً أو شعيراً أو لبناً أو ما شابه ذلك في مقابل أجر عمله.

---

(1) السيد سابق، فقه السنة، دار الفكر للنشر والتوزيع، ط4، (بيروت، 1983م)، ج3، ص198.

المبحث الثالث

أعراف العرب

في القصاص والديات والعلاقات الخارجية

1 - القصاص والديات:

وهذه هي جرائم الاعتداء على النفس بإزهاقها أي جرائم القتل، أو على ما دون النفس كالجروح وقطع الأطراف، ويسمي الفقهاء هذه الجرائم بالجنايات على النفس أو على دون النفس[1]. وعقوبة هذه الجرائم إما القصاص أو الدية.

كان العرب قبل الإسلام مجتمعاً قبلياً لا تنظمه قوانين ولا تسوُدهُ أنظمة، إلا أنهم مع ذلك كانوا يحرمون طائفة من الأعمال ويعاقبون عليها وفقاً لأعراف تعارفوا عليها وتحاكموا إليها. وكانت هذه الأعمال المحرمة - التي نطلق عليها حالياً بلغة القانون جرائم - تختلف عقوباتها من قبيلة لأخرى؛ لأن العرف الذي كان يسوسهم، وينقادون إليه متبايناً ومختلفاً، حتى أنهم كانوا يتحاكمون إلى أعراف لا تعد ولا تحصى، وكانت الجريمة إذا وقعت من أحد الأفراد تتحمل القبيلة بأسرها تبعاتها ومسؤوليتها، وكثيراً ما كانت الجرائم الفردية باعثاً لحروب طويلة كحرب داحس والغبراء التي وقعت بين قبيلتين من قبائل العرب، وظلت مستعرة أوزارها سنوات عديدة وكانت في أصلها بسبب جريمة فردية قليلة الأهمية[2].

وكان القصاص من الجاني معروفاً عند العرب، ولكنهم ما كانوا يقفون عند حد القصاص من الجاني نفسه، بل يتجاوزون بذلك إلى جميع أفراد القبيلة. فكانت قبيلة الجاني في نظرهم مسؤولة عن جريمته إلا إذا خلعته وأعلنت ذلك في المجتمعات الأخرى. وكان نظام الديات معمولاً به عند العرب،

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، (بيروت، 1982)، ج7، ص233.

(2) جواد علي، المفصل، ج5، ص578.

ويعدّونه من جميل أفعالهم. وحين جاء الإسلام أقر فيما يخص القصاص مسؤولية الجاني عن جريمته وقصرها عليه[1].

ولهذا كان ولي الدم يطالب بالقصاص من الجاني وغيره من قبيلته، ويتوسع في هذه المطالبة توسعاً ربما أوقد نار الحرب بين قبيلتي الجاني والمجني عليه. وقد تزداد المطالبة بالتوسع إذا كان المجني عليه شريفاً أو سيداً في قومه. على أن بعض القبائل كثيراً ما كان يهمل هذه المطالبة، ويبسط حمايته على القاتل ولا يعير أولياء المقتول أي اهتمام، فكانت تتشب الحروب التي تودي بأنفس الكثير من الأبرياء[2].

ولقد أفرط العرب في القتل وفرطوا وكان ذلك يتبع قوة القبيلة وضعفها فإذا وقع القتل بين قبيلتين إحداهما أشرف من الأخرى قال الأشراف: لنقتلن بالمرأة منا الرجل منهم وبالعبد منا الحر منهم وبالرجل منا الرجلين منهم. كما أن "أفراد القبيلة متضامنون أشد ما يكون من تضامن، ينصرون أخاهم ظالماً أو مظلوماً"[3].

فالانتقام الخاص أو الثأر كان هو الجزاء على قمع الظلم عند العرب وكان من شأنه إرضاء ضمير المنتقم هو وقبيلته [4] ويلخص لنا القرآن الكريم حالة العرب والعالم قبل بعثة الرسول ﷺ ﴿وكنتم على شفا حفرة من النار فأنقذكم منها كذلك يبين الله لكم آياته لعلكم تهتدون﴾[5].

وأقر بأن ولي المجني عليه (القتيل) هو صاحب الحق في المطالبة بالقصاص من الجاني، وأقر فيما يخص الديات الدية في القتل الخطأ على عاقلة الجاني أي على عصبته من رجال قبيلته. ويدفعونها في ثلاث سنوات واعتبر تحمل العصبة مبلغ الدية مع القاتل من قبيل المواساة والتعاون. وجعل

---

(1) عبد الكريم زيدان، المدخل، ص36.
(2) السيد سابق: مرجع سابق،، ج2، ص461.
(3) أحمد أمين، فجر الإسلام، دار الكتب العلمية، ط1، (بيروت، 1969)، ص10.
(4) أحمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، دار الشروق، (القاهرة، 1989)، ص62.
(5) آل عمران: الآية 103.

الإسلام الدية في القتل العمد أيضا إذا رضي بها أولياء القتيل ويتحملها في هذه الحالة الجاني وحده[1].

ولهذا كان ولي الدم يطالب بالقصاص من الجاني وغيره من قبيلته، ويتوسع في هذه المطالبة توسعاً ربما أوقد نار الحرب بين قبيلتي الجاني والمجني عليه. وقد تزداد المطالبة بالتوسع إذا كان المجني عليه شريفاً أو سيداً في قومه. على أن بعض القبائل كثيرا ما كانت تهمل هذه المطالبة، وتبسط حمايتها على القاتل ولا تعير أولياء القتيل أي اهتمام، فكانت تنشب الحروب التي يروح ضحيتها الكثير من الأبرياء[2]. كما أن أفراد القبيلة متضامنون أشد ما يكون التضامن، وينصرون أخاهم ظالماً أو مظلوماً[3].

وقد فرض الإسلام القصاص وأمر به حتى لا تنتشر الفوضى والاضطرابات في المجتمع، وحتى يبطل ما كان عليه العرب قبل الإسلام من حروب بين القبائل يموت فيها الأبرياء الذين لا ذنب لهم ولا جرم. فجاء الإسلام وبيَّن أن كل إنسان مسؤول عما ارتكبه من جرائم، وأن عليه العقوبة وحده، لا يتحملها عنه أحد. وأوجب الإسلام قتل الجاني القاتل عمدا لقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى...﴾[4].

ولأن الدين الإسلامي دين تسامح ومودة فقد كانت الرغبة في الصلح واجبة، وكان لابد من إيقاف نزف الدماء من خلال إيجاد مقابل مكافئ فكانت الدية عند العرب، والدية في تعريفها: «اسم للمال الذي هو بدل النفس»[5] أي المال الذي يجب دفعه إلى أهل المقتول.

أما التعويض الذي يدفع إلى المجني عليه في جرائم الاعتداء على ما دون النفس كالجرح فإن التعويض يسمى (الأرش)[6]. يدفع للمجني عليه أو

---

(1) عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة، ص37.
(2) السيد سابق، مرجع سابق، ج2، ص461.
(3) احمد أمين، مرجع سابق، ص10.
(4) سورة البقرة: الآية 178.
(5) الدر المختار ورد المحتار، ج5، 504.
(6) ابن قدامة، مصدر سابق، ج8، ص57 – 58.

لورثته من بعده سواء كانت الجناية في النفس أو دون النفس وسواء كانت الجناية عمداً أو خطأ وقد سمي هذا المال في القرآن دية لقوله تعالى: ﴿ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا﴾ [1].

إلا أن الدية لم تكن على نسق واحد وإنما تتحكم فيها أمور خارجية مثل مكانة الجاني والمجني عليه ومكانة القبيلة المعتدية والمعتدى عليها. كما أن الدية لم تكن قبل الإسلام عن جريمة القتل الخطأ فقط بل كانت الدية أيضاً عن القتل العمد وعن كافة الجروح، وكانت العشائر القوية ترفض أخذ الدية مقابل التنازل عن ثأرها لأن ذلك عارا ومذلة[2].

وإذا كان القصاص حقاً للمجني عليه أو ولي الدم فإن الإسلام شرع الدية في المقابل كعقوبة بديلة مع القصاص في حالة سقوطه أو صدور عفو من أصحاب الحق في القصاص وقرر الدية كعقوبة أصلية في حالتي القتل والجرح شبه العمد والخطأ والحكمة من تشريع الدية «كعقوبة» في الحالتين هو الحد من الحقد والانتقام من نفوس المسلمين، فالقضاء بالدية فيه ترضية للمجني عليه وأهليته حيث تشفى ما في نفوسهم من الألم والغيظ[3].

وقد عرفت بعض القبائل الدية قبل ظهور الإسلام بأمد بعيد، وقد توارثت هذا النظام وفق أعراف معينة مختلفة زماناً ومكاناً، وقد تمسكت تلك القبائل بهذه النظم البسيطة القائمة على أساس تقديس رابطة الدم والعشيرة. ومن تلك النظم اصطلاحهم على أن القتل أنفى للقتل، وتعني أن القاتل يجب أن يقتل كي لا تقع جريمة أخرى يذهب ضحاياها أبرياء. ومن هنا نشأ عندهم نظام الأخذ.

❖ العلاقات الخارجية

القبائل كالدول لها قوانين وضعتها للتعامل فيما بينها. وتشبه قوانينها هذه القوانين الدولية والعرف الذي تسير عليه الدول في كيفية التعامل فيما بينها في مثل عقد محالفات أو اتفاقيات.

---

(1) سورة النساء: الآية 92.

(2) هاشم يحيى الملاح، مرجع سابق، ص377.

(3) عبد الكريم زيدان، العقوبة في الشريعة الإسلامية، موسوعة الرسالة، (بيروت، 1988)، ص47.

❖ حق المرور

مرور الأشخاص ومرور السابلة وقوافل التجار. فلا تسمح القبيلة بمرور شخص غريب في أرضها، أو بمرور قافلة في الأرض الخاضعة لها إلا إذا كان المار من قبيلة لها حلف مع هذه القبيلة أو لها عقود واتفاقيات معها، أو كان للمار جوار مع أحد أبناء القبيلة. ثم أن على القوافل أن تؤدي للقبيلة حق المرور في مقابل السماح لها بالمرور في أرضها بأمن وسلام.

وتعتمد القوافل في اجتيازها أرض القبائل على العهود التي تأخذها من سادات القبائل بأن يسمح لها بالمرور في أرض سيد القبيلة بسلام وأمان. فتكون القافلة آمنة في تلك الأرض إلى المدى الذي يصل إليه نفوذ سيد القبيلة، فإذا اجتازتها دخلت في عهد سيد قبيلة آخر، وهكذا حتى تصل مكانها المقصود. وهي عهود تعقد يتفق فيها على مقدار ما يدفع لكل قبيلة في مقابل حق تأمين الأمن للقافلة[1].

فقد كان تجار مكة يعقدون عقوداً ويعهدون عهوداً مع سادات القبائل في مقابل حق مرور قوافلهم بحرية وأمان في أرض القبيلة. فإذا وقع اعتداء على القافلة قام سيد القبيلة برد الاعتداء ورفع الظلم عنها وإعادة ما أخذ منها إليها. لقد كان أبناء القبائل العربية ينظرون إلى قبيلة قريش نظرة احترام وإكبار، مما سهل عليهم عقد أحلاف تجارية مع القبائل التي تقع مواطنها على طرق القوافل التجارية لضمان سلامة هذه القوافل تجاه الاعتداءات التي قد تتعرض لها من قبل أبناء تلك القبائل وقد دعيت تلك الأحلاف بالإيلاف؛ لأنها أحلاف تضمن الأمن والحماية للقوافل التجارية وفق شروط معينة[2].

وكان للأكاسرة ولملوك الحيرة تجارات مع اليمن ومع أماكن أخرى ذات أسواق، كانوا يرسلون تجارتهم بقوافل تولى حراستها رجال عرفوا بالشجاعة وبالبطش والشدة ليحذرهم من يريد التحرش بالقافلة، وكان هؤلاء حبال جوار مع سادات القبائل، لما كان للأكاسرة ولملوك الحيرة عهود مع القبائل

(1) جواد علي، المفصل، ج5، ص629.
(2) هاشم يحيى الملاح، مرجع سابق، ص288.

التي تمر قوافلهم بها، لحماية قوافلهم من التعرض لها بسوء. فهذه الحبال: حبال الجوار، هي عهود ومواثيق يجب على الطرفين المتعاقدين احترامها وتقديسها، وهي كالاتفاقيات والمعاهدات التي تعقد فيما بين الدول في تنظيم العلاقات الودية، وتنظيم التجارة ودفع حق المرور «الترانزيت» [1].

وقد نجح القرشيون في الحصول على موافقة حكام بلاد الشام والعراق واليمن والحبشة بالسماح لقبيلة قريش بالمتاجرة في بلادهم. وقد أطلقت المصادر التاريخية على تلك الموافقات أسماء متعددة منها العهد والأمان والحلف والايلاف والعصام والحبل[2].

وهناك اتفاقيات تجارية عقدت بين أهل مكة وبين حكام اليمن في تنظيم التجارة وتسهيل الاتجار لتجار الطرفين المتعاقدين وتنظيم ما يجبى من التجار في مقابل حق الاتجار وعن أرباح البيع والشراء، بإتباع قاعدة الأفضلية في المعاملة والتعامل على أساس المقابلة بالمثل وحماية الجار من كل اعتداء قد يقع عليهم. ويظهر انه قد كان لأهل مكة عقود وعهود تجارية مع ملوك الحيرة أيضاً.

❖ معاملة الرسل

ويقوم الرسل والسفراء بالاتصالات بين القبائل، وبين القبائل والحكومات، وعلى من يرسل إليهم الرسل والسفراء حق حمايتهم وحق عدم التعرض لهم بأي سوء، حتى في حالة الغضب وفشل الرسالة. ويعبر عن المبعوث السياسي بـ «تنبلت» وبـ «محشكت» وبـ «رسل» في العربية الجنوبية. ولهم حصانة «دبلوماسية» حسب العرف السياسي بالنسبة، لذلك الوقت كذلك. والاعتداء على رسول أو سفير يعد غدراً وعملاً قبيحاً [3].

❖ الأمان

ومن طرق تأمين الخائف والمحافظة على النفس والأموال عقود الأمان

(1) جواد علي، المفصل، ج5، ص629.

(2) القالي، كتاب الأمالي، (النوادر)، (بيروت، د. ت)، مج2، ص199.

(3) جواد علي، المفصل، ج5، ص 630.

التي يعطيها الملوك أو سادات القبائل أو الأفراد؛ لتكون أماناً لمن يحملها وصكوكاً بالمحافظة على أموالهم وأنفسهم، بجاه وباسم صاحب صك الأمان. ولهذا كان لا يسافر من لا وجه له إلا بكتاب أمان يحمله معه ليراه من سيمر بأرضه. وقد لا يكون كتاب الأمان كتاباً مدوناً بل علامة أو شعاراً معروفاً من الشخص الذي أعطى ذلك الأمان، أو كلمة سر أو إعلانا شفوياً يسمعه الناس. فيلزم هذا الأمان معطيه المحافظة على عهد الأمان والدفاع عن حقوقه إذا ما تعرض إلى مكروه.

وعليه مقاضاة من تجاسر على الأمن أو ألحق به ضرراً أو إهانة؛ لأنه رجل آمن، ما يصيبه يكون كأنه قد أصاب صاحب الأمان.

❖ قوانين الغزو والحروب

لا تمنع قوانين الغزو في أيام الجاهلية المحارب من حرق المستوطنات، والخيام أو القرى أو المدن. ولا من حرق المزارع والحيوانات لإلقاء الرعب في النفوس ولإكراه الخصم على ترك القتال والاستسلام. ولا من نقل الناس نقلاً جماعياً، وإجلائهم عن أماكنهم إلى أماكن أخرى بعيدة. ونقرأ في كتابات ملوك العرب الجنوبيين أنهم كانوا يأمرون بإحراق القرى والمدن ودكّها دكاً؛ لأنهم قاوموهم ودافعوا عن أنفسهم، وتشير التنقيبات الأثرية إلى أن مدينة تمنع عاصمة قتبان، قد أحرقت في أواخر القرن الأول للميلاد، وربما جاء هذا الحريق نتيجة لغزو قام به السبأيون لعاصمة قتبان من أجل القضاء عليها [1].

وقد أحرق ودمر بعض ملوك اليمن قرى ومدناً كثيرة، فزالت بذلك من عالم الوجود، ولم تدب إليها الحياة مرة أخرى، وقد أدت حروب الملوك الكثيرة، وثورات القبائل وأهل المدن على الحكومات إلى تدهور الاستقرار في اليمن، والى إضعاف حكوماتها، مما ساعد على تدخل الأجانب في شؤونها، والى توسع رقعة البداوة، وتراجع الحضارة منها، والى خراب القرى والمدن[2].

---

(1) هاشم يحيى الملاح، مرجع سابق، ص74.

(2) جواد علي، المفصل، ج5، ص 630 - 631.

❖ الأسر والسبي

إذا وقـع شخص فـي أسـر أو فـي سـبـاء، صـار المأسـور أو المسبى في ملك أسره أو سابيه. إلا إذا وافق الآسر أو السابي على أن يمنّ على المسبي أو الأسير بفك رقبته، أو بقبول مال يدفع عنه لفك رقبته يقال له: فدية. أو بمفاداته بشخص آخر وقع في أسر أو في سباء أهل الأسير أو من وقع السباء عليه، فيفادى المأسور أو المسبي عندئذ بالمأسور أو المسبى الآخر. ويوثق الأسـرى وثاقاً شـديداً، حتى لا يهربوا، ثم ينقلون إلى بيوت آسريهم لينظروا في أمرهم، أما إذا كان الأسرى جماعة فيؤخذوا بعد انتهاء الحرب إلى مقرات الجيوش والعوام للنظر في أمرهم. ومنهم من قد يمنّ عليهم بفك أسرهم ومنهم من يعطون هبة للقادة وللمحاربين، أو يبادلون بأسرى حرب كانوا في أيدي المغلوبين، أو يفدون بمال أو بوسائل أخرى[1].

وليست للفدية حدود معلومة، ولا قواعد ثابتة بل تتوقف على مبدأ المساومة. وتتوقف هذه المساومة على منزلة الأسير أو المسبى وعلى مكانته الاجتماعية، وعلى مقدار استعداد أهله لدفع مال الفدية عنه. وقد تصل إلى جملة مئات من الإبل، وقد تزيد على الألف. وتتوقف كذلك على مقدار صلابة الآسر أو الجيش المنتصر. وقد يفادى رجل بمال كثير إذا كان ملكاً أو سيد قبيلة، وقد يفادى بعدد من الأسرى هم في أيدي جماعة الملك الأسير، يكون أسره إذ ذاك سبباً في فك رقبة عدد من الأسرى.

❖ الرهائن

وقد يحتفظ الآسر بأسره، فلا يوافق على أخذ فدية عنه، بل يحتفظ به. عنده ليكون له «رهينة». وقد تجبره قبيلته على إبقائه لديه ليكون رهينة، حتى تستفيد منه في الأحوال المناسبة. بأن تهدد أهل الرهينة أو قبيلته بقتله إن لم تستجب لمطالبها ولا توفي بما تريده القبيلة منها.

وهناك نوع آخر من الرهائن، فرضته الأحوال السياسية والاجتماعية والعسكرية على أهل جزيرة العرب، ويكون ذلك بتقديم سادات الناس من

(1) جواد علي، المفصل، ج5، ص 632.

حضر ومن أعراب، أبنائهم إلى الملوك والحكّام ليكونوا رهائن لديهم على الخضوع والطاعة لهم. وهو عرف قانوني بقي معروفاً في الإسلام. وقد احتفظ ملوك الحيرة والغساسنة برهائن عندهم، ليكونوا ضماناً لديهم بإطاعة آبائهم وأقربائهم سادات القبائل لهم، فلا يثوروا عليهم ولا يعتدوا على عربهم أو على حدود مملكتهم.

❖ الودائع

الوديعة: العهد. والودائع: العهود. ومنه كتاب النبي: لكم يا بني نهد، ودائع الشرك وضائع المال. أي العهود والمواثيق ويقال توادع الفريقان: إذا تعاهدوا على ترك القتال. ويجب عدم الإخلال بالودائع، لأنها عقود وعهود. والنكث بالعهود من سجايا الأنذال.

وعلى ضوء ما تقدم يمكن القول أن العرف كقاعدة قانونية وقضاءً كان سائداً في أصل النزاعات والخصومات القبلية والاجتماعية.

أ - فقد أقر القرآن الكريم بعض الأعراف التي كانت سائدة عند العرب قبل الإسلام لما فيها من وجوه التعاون كجعل الدية على العاقلة وكقدسية الحرم وبعض أنواع عقود التجارة كالمضاربة لتماشيها مع روح التشريع الإسلامي وقواعده العامة، وهذب بعضها كبعض المأكولات وبعض أنواع عقود النكاح وحرم كثيراً منها لمجافاتها لمقاصد الشريعة كوأد البنات والتبني والربا وحرمان النساء والصبيان من الإرث وشرب الخمر ولعب القمار[1].

ب - أقر الرسول الكريم ﷺ لدى تشريفه المدينة المنورة بعض الأعراف العربية السائدة لأن في مراعاتها تيسيراً ورفعاً للحرج عن الناس كما في بعض عقود التجارة وكإقراره بيع السلم والعرايا وإبقائه على كثير من الأعراف المعمول بها في الأفراح والمناسبات والحروب.

ج - أقر الصحابة رضي الله عليهم الأعراف السائدة عند الأقوام

---

(1) مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ص67.

التي فتحوا بلادها متى ما كانت هذه الأعراف متماشية ومصالح الناس تجلب لهم المنافع المشروعة، ونتيجة لذلك ظهر اختلاف فتاويهم من إقليم إلى آخر[1].

د - احتفى فقهاء المذاهب الإسلامية بالعرف وعدوه مصدراً من مصادر التشريع الإسلامي ومن يستقرئ كتب الفقه الإسلامي يجد بسهولة ويسر كثرة المسائل الفقهية التي أحالوها إلى العرف. فالمأثور عن أبي حنيفة أنه كان شديد الإتباع إلى ما كان عليه الناس في بلده والمعروف عن الإمام مالك أنه أشهر من أخذ بالعرف إلى حد الاستفاضة فيه وأطلق عليه المالكية في المغرب الأقصى تسمية (فقه العمل) وكذلك الإمام الشافعي الذي انفرد عن غيره من الفقهاء بالقاعدة الشهيرة (العادة محكمة)[2]، وطبق ذلك عملياً في بغداد وفي مصر حيث أطلق على فقه بغداد (الفقه القديم) وفقه مصر (الفقه الجديد)، وهذا دليل واضح على اعتبار العرف، وكذلك ما كان عليه الإمام احمد بن حنبل من اعتماده على العرف كما يذكر ابن القيم وكبار تلاميذه عنه ذلك.

هـ - لا يوجد فرق بين العرف والعادة وإنما هناك علاقة ترادفية بين اللفظين وهذا هو الاتجاه السائد عند جمهور الأصوليين من القدامى والمعاصرين.

و - لم يختلف الأصوليون في عد العرف حجة كما توهم البعض وإنما اختلفوا في تخصيص النصوص العامة بالعرف العملي ولم يختلفوا على تخصيصها بالعرف ألقولي.

ز - وقد وجدنا فقهاءنا قدمائهم ومحدثيهم وفقهاء القانون المعاصرين يقرون بتغير الأحكام المبنية على العرف بتغير تلك

---

(1) محي الدين هلال السرحان، ص44.

(2) عبد الستار حامد الدباغ، ص1 - 20.

الأعراف وأطلقوا عليه بأنه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان.

ح - كما أن دراسة العرف والذي جعلنا نقف على أحكام الشريعة الإسلامية جعلنا أكثر قناعة من ذي قبل من أن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان وكان العرف من بين العوامل التي أضفت عليها هذه الصلاحية مما جعلها الحلول لكل ما يستجد من مشاكل الحياة ومستجدات الزمن وعليه فإني أوصي المتصدين للقضاء والإفتاء وجوب مراعاة الأخذ بالعرف في القضاء والفتوى تأسياً بسلف هذه الأمة الصالح.

الفصل الثالث

أثر العرف في الشريعة الإسلامية

المبحث الأول

العرف وعلاقته بالأدلة الشرعية

❖ حجية العرف وأدلة ذلك

اعتبر اغلب الفقهاء العرف حجة في استمداد بعض الأحكام وان اختلفوا في بعض الشروط والتفاصيل والأنواع. واستدلوا له بعدة أدلة من الكتاب والسنة ومن أدلته في الكتاب قوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾[1].

ومن أدلته قوله تعالى: ﴿وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ. وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾[2].

قال القرطبي في جملة ما أورده من تفاسير لهذه الآية، قال ما معناه: فيه استدلال بالعادة [3] أي: العرف لأن تمزيق الثوب من أمام يكون علامة إقبال منه عليها، وتمزيقه من خلف يكون علامة غرار وإدبار منه وملاحقة

---

(1) سورة الأعراف: الآية 199.

(2) سورة يوسف: الآيتين 26، 27.

(3) القرطبي، تفسير، ج1، ص 488.

منها في العادة والعرف.

لقد راعى سبحانه وتعالى في كتابه المبين كثيراً من أعراف العرب النافعة التي لا تعارض أحكام العقول السليمة والمبادئ الشرعية العامة ففرض الدية على عاقلة القاتل خطأ واعتبر مبدأ العصبية في الولايات والإرث وأشترط الكفاءة في الزواج واقر بعض المعاملات كالمضاربة والشركة والإجارة[1].

ومن الأدلة القرائية: ﴿إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِلْمُتَوَسِّمِينَ﴾[2]. قال القرطبي: والتوسم التثبت والتفكر مأخوذ من الوسم وهو التأثير بحديده في جلد البعير وغيره. وذلك -أي الوسم - يكون بجودة القريحة وحدة الخاطر وصفاء الفكر... وقيل بل قال: بل هي استدلال بالعلامات ومن العلامات ما يبدو ظاهرة لكل احد وبأول نظرة ومنها ما يخفى فلا يبدو ظاهرة لكل احد ولا يدرك ببادئ النظر. قال الحسن البصري: المتوسمون هم الذين يتوسمون الأمور فيعلمون أن الذي اهلك قوم لوط قادر أن يهلك الكفار فهذا من الدلائل الظاهرة [3].

والاستدلال بالعرف إنما هو ضرب من التوسم والتفكر والتأمل في العادات فهو كالاستدلال بالعلامات والقرائن العرفية[4].

ومن أدلة السنة النبوية في عَدِّ العرف قول الرسول الكريمﷺ: ﴿ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن﴾[5].

---

(1) مصطفى الزلمي وعبد الباقي البكري، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، المكتبة القانونية، (بغداد، 2008)، ص117.

(2) سورة الحجر: الآية 75.

(3) القرطبي، الجامع لأحكام القران، ط3، دار الكتب المصرية، (القاهرة، 1387هـ)ج10، ص43 - 44.

(4) محمد بن إبراهيم، الاجتهاد والعرف، دار السلام للطباعة والنشر، (تونس، 2009)، ص154.

(5) اخرجه الإمام احمد في مسنده موقوفاً على ابن مسعود، ولم يرو مرفوعاً في شيء من كتب الحديث كما ذكر ابن عابدين. انظر: رسائل ابن عابدين، ج2، ص115.

وفي هذا دلالة واضحة على أن الأمر الذي يجري الناس عليه على اعتباره من الأمور الحسنة فهو في حقيقته أمر حسن[1].

وفقهاء الشريعة على اختلافهم متفقون على اعتبار العرف الصحيح لصفة عامة دليلاً يرجع إليه لمعرفة الأحكام الفقهية، إذا أعوزهم النص ويجب على المجتهد مراعاته[2].

وما دمنا نتحدث عن حجية العرف فلابد أن نقترب من مزايا العرف وضوابطه والتمييز بينه وبين القوة الملزمة له. إن موقع العرف في التشريع الإسلامي قد نظر إليه من زوايا عدّة. فقد بنى المجتهدون كثيراً من الأحكام على العرف الشائع في زمانهم، وأكثر الناس إعمالا للعرف واستناداً إليه هم الأحناف فقد عدّوه وخرجوا عليه كثيراً من الأحكام الشرعية ويأتي بعدهم المالكية والحنابلة، ثم الشافعية.

قال ابن عابدين في رسائله:

«والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار»

وذلك اعتماداً على قاعدة فقهية كلية مستمدة من أقوال الشيوخ وهي قولهم: «العادة محكّمة» وفرّعوا عليها قواعد أخرى، منها «الحقيقة تترك بدلالة العادة» أي: إن المعنى الأصلي للفظ يترك في مقابل المعنى المجازي المتعارف عند الناس، ومنها: «التعيين بالعرف كالتعيين بالشرط»، ومنها: «المعروف عرفا كالمشروط شرطاً» ومنها: «استعمال الناس حجة يجب العمل بها» ومنها: «لا ينكر تغيير الأحكام بتغير الأزمان»[3]. هذا موقف الأحناف من العرف.

ويتفق المالكية مع الأحناف في اعتبار العرف. ومن الفتاوى المروية عن الأمام مالك أنه يخصص العام بالعرف كما في قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ

---

(1) حمد عبيد الكيسي، نظرة في النصوص الدستورية، مجلة كلية الإمام الأعظم، العدد الثاني، بغداد (1974)، ص193.

(2) محمد سلام مدكور، مناهج الاجتهاد في الإسلام، طبعة القاهرة، (القاهرة، 1973)، ج2، ص174.

(3) عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة، ص90.

يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾[1] إذ قال هو خاص بغير ذوات الأقدار والشرف وعلى ذلك قال: لا يجب على الشريفة إرضاع ولدها؛ لأن العادة جارية بذلك أي: بعدم أي رضاع، ولم يستند الإمام مالك إلى العرف وحده، وإنما أراد جريان العرف مع عدم إنكار أهل العلم من السلف. فيرجع في الاستدلال إلى الإجماع في الحقيقة أو إقرار الرسولﷺ إياها، كما ذكر ذلك ابن السبكي في جمع الجوامع حيث قال «والأصح أن العادة بترك بعض الأمور تخصيص إن أقرها النبي (ﷺ) أو الإجماع ومن هذا القبيل اكتفاؤهم في صحة البيع بالمعطاة»[2] أي دون صيغة دالة على الإيجاب والقبول.

وعند المالكية كان العرف أصلا من أصول التشريع فيما لا يكون فيه نص قطعي كما هو عند الحنفية، فينبغي مراعاته في القضاء والفتوى وقد تختلف الفتوى أو الحكم تبعا لتغير العرف فلفقهاء المالكية فتاوى عدلوا فيها عن المشهور في المذهب وبنوها على رعاية العرف وجرى باختيارهم عمل أهل القضاء والفتوى من بعدهم، قال القرافي: «إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك لا تُجره على عرف بلدك والمقرر في كتبك فهذا هو الجهل الواضح والجمود على المنقولات أيا كانت إضلال في الدين وجهل لمقاصد المسلمين والسلف الماضين»[3].

ويقرر الشاطبي - وهو من فقهاء المالكية - أن بعض الأحكام تتبدل من بلد إلى آخر حسب أعراف البلد ومنها ما يكون متبدلاً في العادة من حسن إلى قبح وبالعكس وذلك مثل كشف الرأس فإنه يختلف بحسب البقاع في الواقع فهو لذوي المروءات قبيح في البلاد المشرقية وغير قبيح في البلاد المغربية فالحكم الشرعي يختلف باختلاف ذلك فيكون عند أهل المشرق قادحا في العدالة وعند أهل المغرب غير قادح[4].

وعلى الرغم من أن الأمام الشافعي لا يقول بالعرف صراحة كالإمام

---

(1) سورة البقرة: الآية 233.

(2) محمد الطاهر ابن عاشور، أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، ط2، الشركة التونسية للتوزيع، (تونس، 1985)، ص100.

(3) محمد الطاهر ابن عاشور، مرجع سابق، ص37.

(4) الشاطبي، الموافقات، المكتبة التجارية الكبرى، (القاهرة، د. ت). ج2، ص284.

أحمد فقد اثبت له بعض الدارسين المحدثين التأثر به لما انتقل إلى مصر ورأى من أعرافها المخالفة لأعراف بغداد ونشأ عن مذهبه الجديد المختلف بعض الشيء عن القديم(1).

وقد اعتمد أصحاب الشافعي وأتباعه من بعده العرف، وعملوا به. ومنهم العز ابن عبد السلام الذي قرر في كتابه قواعد الأحكام في مصالح الأنام: أن كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدون بخلافه بما يوافق مقصود العقد صحَّ، فلو شرط المستأجر على الأجير أن يستوعب النهار بالعمل من غير أكل ولا شرب ويقطع المنفعة لزمه ذلك، ولو أدخل أوقات قضاء الحاجات في الإجارة مع الجهل بحال الأجير في قضاء الحاجة لم يصح ولو شرط عليه أن لا يصلي الرواتب «النوافل الراتبة» وأن يقتصر في الفرائض على الأركان صحَّ ووجب الوفاء بذلك(2).

ويجيء السيوطي - وهو فقيه شافعي - فيؤلف كتاب الأشباه والنظائر ويذكر فيه قواعد تقرر ما ورد عند الأحناف من تحكيم العادة كقوله في القاعدة السادسة: (العادة محكمة) قائلاً: «اعلم أن اعتبار العادة والعرف رُجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة»(3).

وهكذا يلتقي مذهب الإمام الشافعي على أيدي أتباعه مع بقية المذاهب السنية الأخرى في اعتبار العرف طالما انه لا يوجد نص يعارضه؛ لأن العرف يغلب في حكمه إذ الناس خاضعون فعلا له بحكم الإلف والاعتياد وليس لأحد أن يمنعهم من الأخذ به إلا بنص محرم، فحيث لا محرم فلا بد من الأخذ به.

ولم يشتهر العرف عند الإمام أحمد بن حنبل لشدة تحرُّزه في الفتوى وشدة تمسكه بالنصوص وكثرة توافرها لديه، أما أصحابه وأتباع مذهبه فقد اعتمدوا العرف الصالح وخرَّجوه على بعض أقوال إمامهم واشتهر القول به فيما بينهم. فقد قرر ابن تيمية في مجموع الفتاوى أن الأسماء التي

(1) عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي، دار القلم، (الكويت، 1970م)، ص43.
(2) محمد بن إبراهيم، مرجع سابق، ص161.
(3) السيوطي، الأشباه والنظائر، دار إحياء الكتاب العربي، (القاهرة، 1955)، ص89 - 90.

علق عليها في الكتاب والسنة منها ما يعرف حده ومسماه بالشرع فقد بينه الله ورسوله كاسم الصلاة والزكاة والصيام والحج والإيمان والإسلام والكفر والنفاق ومنها ما يعرف حده باللغة كالشمس والقمر والأرض والسماء ومنها ما يرجع حده إلى الناس وعرفهم فيتنوع بحسب عاداتهم كاسم البيه والنكاح والقبض والدينار والدرهم ونحو ذلك من الأسماء التي لم يحدها الشارع بحد وليس لها حد واحد يشترك فيه أهل اللغة بل يختلف قدره وصفته باختلاف عادات الناس[1].

ويقرر ابن القيم انه لا يجوز للمفتي أن يفتي في الإقرار والإيمان والنذور والوصايا وغيرها مما يتعلق باللفظ بما اعتاده هو من فهم تلك الألفاظ دون أن يعرف عرف أهلها والمتكلمين بها فيحملها على ما اعتادوه وعرفوه وإن كان مخالفاً لحقائقها الأصلية فمتى لم يفعل ذلك ضلّ وأضل [2]. وهكذا نجد أن الحنابلة يأخذون بالعرف بل ويتوسعون في الأخذ به.

وخلاصة رأي الأئمة الأربعة أن **العرف**:

1 - إما أن يومئ إليه نص في أحد المواضع، وهذا ما يأخذ به الفقهاء كلهم بالاتفاق.

2 - وإما أن يدل نص الشارع القطعي على تحريمه أو كان في الأخذ به إهمال لنص قطعي لا يقبل التخصيص فهذا النوع من العرف لا يأخذ به أحد بالإجماع، بل هو فساد عام، ويجب التعاون على القضاء عليه والسكوت عنه سكوت عن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والرضا به تعاون على الإثم والعدوان.

3 - وإما أن يكون العرف لم يثبت نهياً عنه ولا إرشاد ولا إيماء بالعمل به بنص فإن المالكية والحنفية بل والحنابلة والشافعية يؤخذون به ويعدّه الأولان أصلاً مستقلاً. والعرف العام عند الحنفية يخصص العام ويقيد المطلق وكذلك عند المالكية أيضاً ويقدم

---

(1) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مكتبة المعارف، (الرباط، د. ت)، ج19، ص236.

(2) أعلام الموقعين من رب العالمين. تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، ط1، المكتبة التجارية، (القاهرة، 1955)، ج4، ص289.

على القياس عند الأحناف[1].

ويرى بعض فقهاء الشيعة أن العرف لا يزيد عن كونه تأكيداً لحكم العقل أو أنه من أدلة الإجماع[2].

والأئمة الأربعة بنوا بعض أحكامهم على أعراف زمانهم، وتتغير الأعراف بتغير الأزمان، والوقائع متجددة، والحاجة إلى معرفة حكم الله فيها مستمرة؛ لأن شريعة الله تخاطب الناس في كل العصور.

والحق أنه لا خلاف في حجية العرف إلا في التكييف بين السنة والشيعة، فالفريق الأول عدّوه حجة، ودليلهم الحاجة والواقع واجتهاد الصحابة. والفريق الثاني لم يسعهم إلا أن يعترفوا بحجية العرف، ولكن بإرشاد الشارع، فالكلام متقارب أو واحد في الجملة. وصرح بعض علماء الأصول من أهل السنة بما يتفق مع كلام الإمامة: إن العرف عند التحقيق ليس دليلاً شرعياً مستقلاً[3].

هذا بالإضافة إلى أن العرف لا علاقة له بعوالم الحسن لعدم ابتنائه عليها غالبا، وما أكثر الأعراف غير المعللة لدى الناس، والمعلل منها أي: الذي يدرك العقل وجه حسنه نادر جدا وعليه فلا يزيد هذا الحديث على كونه تأكيدا لحكم العقل أو أنه من أدلة الإجماع باعتباره يستند أو يؤول إليه [4].

وبذلك ندرك ما للعرف من قيمة تشريعية بالنظر إلى هذه الأدلة مضافا إليها عمل الرسول ﷺ في استبقاء كثير من أعراف الجاهلية الحسنة وهو ما سار عليه الصحابة والتابعون من بعده، واستقر عليه عند فقهاء الأمصار إلى يومنا هذا وعليه فلا قيمة لمن حاول إهدار العرف كأصل تشريعي، أو التشكيك فيه خاصة في أمور المعاملات وعلى شروط مقررة.

---

(1) محمد بن إبراهيم، مرجع سابق، ص163.

(2) محمد تقي الدين الحكيم، الأصول العامة للفقه المقارن، دار الأندلس، (بيروت، 1979)، ص425.

(3) وهبه الزحيلي، الأسس والمصادر الاجتهادية المشتركة بين السنة والشيعة، دار المكتبي. سوريا، (دمشق، 1991م)، ص54.

(4) محمد تقي الدين الحكيم، مرجع سابق، ص 424.

ومهما يكن من أمر العرف سواء قلنا أن العرف يؤول إلى اعتماد العقل أو الإجماع أو النص فإن الفقهاء في أكثريتهم اعتمدوه بشروط وضعوا له القواعد العامة الكلية وبنو عليها أحكامهم الشرعية.

لقد اتفق الفقهاء على اختلاف مذاهبهم على أن الأصل الأول من أصول الشريعة هو الكتاب العزيز، والأصل الثاني هو السنة النبوية. كما عَدَّ الفقهاء العرف الصالح وجعلوه أصلاً تبنى عليه الأحكام.

ولم يخالف في عَدّ العرف دليل إلاّ القليل ممن يرى أن العرف دليل غير مستقل، وأنه هو دليل تابع لغيره، إذ يردونه إلى النص، أو الإجماع أو المصلحة، أو الأصل في الأشياء[1]. وتبعهم من فسر حجية العرف بقوله «وإنما يقصدون بحجية العرف أن نصوص الشارع وعبارات المتعاملين تفسير وفقاً للعرف الجاري بينهم دون الوقوف على معاني تلك الألفاظ في أصل وضع اللغة»[2].

وإذا ما اتفقنا مع الجمهور الذي يعدّ العرف دليلاً تبنى عليه الأحكام الشرعية فهل تكون منزلته بعد الكتاب والسنة أو بعد الكتاب والسنة والإجماع؟

يرى البعض أن منزلة العرف بعد الكتاب والسنة وقبل الإجماع، ويبرر رأيه هذا فيقول: «من جهة أخرى فإن مألوف الناس لفعل شيء متى استقر عرفاً لهم يجعلنا نوقن بأن الباعث لهم على ذلك أول مرة الأمر هو حاجتهم إليه، إذ هو الذي يحقق النفع لهم ويدفع عنهم الضرر، فلو منعوا من ذلك بعد اعتيادهم إياه وقعوا في الحرج ولحقتهم المشقة، فاعتباره إذن يرجع إلى أصل رفع الحرج، وهذا أصل أصيل مقرر في الكتاب والسنة... وإذا كان الأمر هكذا تأتي مرتبة بين الأدلة بعد الكتاب والسنة مباشرةً» [3].

---

(1) عبد الوهاب خلاف، أصول الفقه، ص 68.

(2) الطيب خضري، الاجتهاد فيما لا نص فيه، مكتبة الحرمين، (الرياض، 1983م)، ج2، ص192.

(3) عمرعبد الكريم ألجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، رسالة دكتوراه، طبع تحت إشراف اللجنة المشتركة لنشر وإحياء التراث الإسلامي بين حكومة المغرب ودولة الإمارات مطبعة فضالة المحمدية، (المغرب، 1984م)، ص 204.

ويأتي به القرافي في الدرجة العاشرة من الأدلة التسعة عشر التي ذكرها فيقول: «هي الكتاب والسنة وإجماع الأمة وإجماع أهل المدينة والقياس وقول الصحابي والمصلحة المرسلة والاستصحاب والبراءة الأصلية والعوائد»[1].

ولعل أرجحها هو ترتيب الحافظ النسفي وهو: الكتاب والسنة والإجماع والعرف؛ لأنَّ العرف ما هو إلا مصلحة ظهرت، وعدّها جميع الناس أو أكثرهم ولم يرد في موقعها نص ولا إجماع، وهذه يجب أن تقدم وتكون مرتبتها بعد الإجماع؛ ذلك لأن الشريعة ما جاءت إلاّ للمحافظة على مصالح الخلق في الدنيا والآخرة، فلا يقدم عليها شيء إلا نصوص الكتاب والسنة؛ لأنها تمثل مصالح راعاها الشرع، وكذا ما أجمع عليه المسلمون، فإنَّ الأمة لا تجتمع على ضلالة كما وردت السنة المتواترة المعنى[2] وبعد ذلك يأتي العرف والعوائد التي لا تخالف شيئاً مما تقدم.

وبعض الفقهاء قارن بينه وبين الإجماع وقال إن الفرق بينه وبين الإجماع: أنه يكفي فيه سلوك الأكثرية من عوام وخواص، فهو أشبه بالسيرة، وأما الإجماع فمعناه اتفاق الأمة أو مجتهديها[3].

وهي حجة التشريع عند فقهاء السنة إذا كان عرفاً صحيحاً: وهو ما تعارفه الناس من دون أنْ يحلّ حراماً أو يحرم حلالاً، كتقديم عربون في الاستصناع، وقسمة المهر إلى مقدم ومؤخر[4]. أما العرف الفاسد فلا يعمل به، وهو ما تعارفه الناس، ولكنه يحل حراماً أو يحرم حلالاً، كتعارفهم أكل الربا، والتعامل مع المصارف الربوية بالفائدة، واختلاط النساء بالرجال في المناسبات العامة كالحفلات والزفاف، والرقص والغناء المبتذل.

لذا قالوا: العادة محكمة، والثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، وتطبيقاته، كل ما ورد في الشرع مطلقاً، ولا ضابط

---

(1) القرافي، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحمول في الأصول، تحقيق: طه عبد الرءوف، ط1، دار الفكر، (القاهرة، 1993 م)، ص 445.

(2) المصدر نفسه، ص 324.

(3) محمد بن إبراهيم، مرجع سابق، ص154 وما بعدها.

(4) عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ص68.

له فيه ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف، كالحرز في السرقة، والتفرق في البيع، ووسائل تحقيق القبض في تسلم المعقود عليه أو العوض[1].

❖ العرف مرجعاً لتطبيق الأحكام

ويُعَدُّ العرف أيضاً مرجعا لتطبيق الأحكام على الحوادث والوقائع الجزئية من ذلك أن العدالة شرط لقبول الشهادة استدلالاً لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾[2]. والعدالة عند الفقهاء: ملكة تحمل صاحبها على ملازمة التقوى والمروءة. فيما يحل بالمروءة تُعَدُّ قادحا بالعدالة، وما يخل بها يختلف اختلاف الزمان والمكان، ومن ذلك ما ذكره الشاطبي إذْ يقول: «مثل كشف الرأس، فإنه يختلف بحسب البقاء في الواقع، فهو لذوي المروءات قبيح في البلاد المشرقية، وغير قبيح في البلاد الغربية، فالحكم الشرعي يختلف باختلاف ذلك فيكون عند أهل المشرق قادحا في العدالة، وعند أهل المغرب غير قادح». وكذلك، عند تطبيق الحكم الوارد في النص القرآني: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[3]، وجدنا بعض الفقهاء من يرجع إلى العرف لتقدير النفقة؛ لان النص لم يبين مقدارها.

قال الإمام الجصاص في كتابه «أحكام القرآن» ما نصه: «فإذا اشترطت المرأة وطلبت من النفقة أكثر من المعتاد لمثلها، لم تعط.. وكذلك قصر الزوج عن مقدار نفقة مثلها في العرف والعادة لم يحل ذلك ويجبر على نفقه مثلها[4]:

وهكذا كل ما أوجبه الشارع ولم يحدد مقداره، فيصار إلى العرف لتقديره.

❖ العرف المعتبر

لا خلاف بين الفقهاء من أن العرف الفاسد لا اعتبار له؛ لأن العرف

---

(1) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، طبعة دمشق، (دمشق، 1952)، ج1، ص136.

(2) سورة الطلاق: الآية2.

(3) سورة البقرة: الآية233.

(4) الجصاص، أحكام القرآن، دار المعرفة، (بيروت، 1975م)، ج، ص 478.

الفاسد اتباع للهوى والأخذ بالهوى يفسد الشريعة، قال تعالى: ﴿وَلَوِ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ﴾[1].

والعرف الصحيح لا خلاف في اعتباره والاعتداد به، فالفقهاء من مختلف المذاهب يعتدون به ويلاحظونه في الاستنباط وعند تطبيق الأحكام وعند تفسير نصوص عقود الناس[2]. وأساس اعتبار العرف يرجع إلى رعاية مصالح الناس ورفع الحرج عنهم، وقد راعته الشريعة في أحكامها، فالإسلام أقر ما كان عند العرب في الجاهلية من عادات صحيحة كفرض الدية على العاقلة، وإقرار بعض المعاملات كالمضاربة ونحو ذلك[3].

والعرف في الشرع له اعتبار، والإمام مالك بنى عليه كثيرا من أحكامه على عمل أهل المدينة. وأبو حنيفة وأصحابه اختلفوا في أحكام بناء أعرافهم، والشافعي لما هبط إلى مصر غير بعض الأحكام التي كان قد ذهب إليها وهو في بغداد لتغير العرف، ولهذا له مذهبان قديم وجديد. وفي فقه الحنفية أحكام كثيرة مبنية على العرف منها إذا اختلف المتداعيان ولا بينة لأحدهما فالقول لمن يشهد له العرف. وإذا لم يتفق الزوجان على المقدم والمؤخر من المهر فالحكم هو العرف. أما العرف الفاسد، فلا تجب مراعاته؛ لأن في مراعاته معارضة دليل شرعي، أو إبطال حكم شرعي. والأحكام المبنية على العرف تتغير زمانا ومكانا؛ لان الفرع يتغير بتغير أصله ولهذا يقول الفقهاء في مثل هذا الاختلاف: انه اختلاف عصر وزمان لاختلاف حجة وبرهان[4].

ويرجع إلى العرف في كثير من الأحكام الفرعية العملية، ولكنه والحالة هذه لابد أن يستند إلى دليل يعضده، وبالنظر للفروع الفقهية في كتب المذاهب، نجد أن العرف الصحيح الحكم[5] لابد أن يستند على واحد من

---

(1) سورة المؤمنون: الآية71.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي (بيروت، 1982م)، ص223.

(3) السرخسي، المبسوط، مطبعة دار المعرفة، (القاهرة، د. ت.)، ج13، ص5.

(4) عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ص67 – 68.

(5) احمد بن سير المباركي، العرف وأثره في الشريعة والقانون، ط1، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، (الرياض، 1412هـ)،، ص96.

أربعة عوامل هي:

1 - السنة التقريرية.

2 - الإجماع العملي.

3 - المصلحة المرسلة.

4 - الأدلة المطلقة التي أحالت عليه[1].

ويرى الفقهاء أن العرف لابد أن يستند إلى واحد من هذه الأمور، ويرى بعض الباحثين المحدثين أن هذه الأمور تدل على أن العرف دليل مستقل تبنى عليه الأحكام الشرعية إذا استوفى شروطه، شأنه في ذلك شأن القياس، والمصلحة المرسلة والاستحسان، ويعزز رأيه بالعوامل الآتية:

1 - إنّ السنّة التقريرية اعتمدت الأعراف الموافقة للقواعد الشرعية وألغت ما عداها وذلك كالسلم، ولكن ليس الدليل على إباحة السلم هو العرف أو الاستحسان مثلا، وإنما الدليل عليه السنة الصحيحة الثابتة المعتمدة على العرف.

2 - أما الإجماع العملي فهو مستند على العرف، وجاء الإجماع العملي معتبرا للعرف «فالأمر في المبدأ عرف ثم يكتسب بعد ذلك صفة الإجماع العملي»[2].

3 - أما المصلحة المرسلة وهي التي لم يورد الشارع أمراً بوصفها ولا بإلغائها، فليست المصلحة منظورا إليها إلا في نشأة العرف، ثم يستقر العرف، ويعدّ دليلاً على وجود هذه المصلحة[3].

4 - أما الأدلة المطلقة التي أحالت إلى العرف، فهذا يدل على أن العرف هو الدليل الذي اعتمدته تلك الأدلة، وأقرته، فكل منها يعدّ دليلا على أن العرف دليل من الأدلة الشرعية.

---

(1) المرجع نفسه، ص118 وما بعدها.

(2) المرجع نفسه، ص 125.

(3) حسنين محمود حسنين، العرف والعادة، دار القلم، (دبي، 1988م)، ص97.

5 - أما إن العرف يرجع إلى قاعدة الأصل في الأشياء، فالعكس هو الصحيح فالعرف يعتمد الأشياء النافعة، ويلغي الأشياء الضارة، بحسب ما يستقر عليه العرف الذي يدور في فلك هذه الشريعة ولا يخرج عن قواعدها ويتوفر فيه الشروط التي سنبينها. ومن هنا يتبين لنا بأن العرف دليل من أدلة الشريعة متى توافرت فيه شروطه وبهذا فأن العرف هو الدليل الذي يعتمد عليه[1].

❖ **العرف والعادة**

العادة لغة: هي الرجوع إلى الأمر الأول وتطلق غالبا على تكرار الفعل مرة بعد أخرى[2]. والعادة تنتج من الألفة الاجتماعية وتدأب عليها الجماعة من دون إدراك للأفعال ومسبباتها[3].

والعادة اصطلاحاً: هي الأمر المتكرر ولو من غير علاقة عقلية[4]. وهي عبارة عما يستقر في النفس من الأمور المتكررة المعقولة عند الطباع السليمة[5]، وكان ابن عابدين يركز على المعنى الاشتقاقي للعادة ويستدل بذلك على وجود صلة بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي فقد رأى أنها "مأخوذة من العادة فهي بتكرارها ومعاودتها مرة أخرى صارت مستقرة في النفوس والعقول متلقاة بالقبول [6].

وهكذا نرى أن العادة سبب لتلقي ذلك الأمر بالاحترام والقبول النفسيين فمن المعلوم أن الأمر إذا حوفظ على أدائه وتكرر نال صفة الاحترام وقد يتحول أحياناً إلى أمر قدسي كما نجد ذلك في بعض العوائد. كما قال الفقهاء: العادة طبيعية ثابتة، ويتوقف الفقهاء عند عطف العادة على العرف والعكس؛ لان العطف يقتضي التغاير فمن ذهب التي ترادفها أجاب

---

(1) أحمد احمد بن سير المباركي، مرجع سابق، ص 128.

(2) علّال الفاسي، مقاصد الشريعة ومكارمها، مكتبة الوحدة العربية الدار البيضاء (1381هـ-1963م)، ص151.

(3) الزبيدي، مصدر سابق، ج24، ص133.

(4) محمد أمين بادة شاه، تيسير التحرير، دار الفكر، (بيروت، د. ت)، ج1، ص317.

(5) ابن عابدين، الرسائل، ج2، ص 114.

(6) ابن عابدين، الرسائل، ج2، ص 14.

عن العطف بأنه من باب عطف المترادفات ومن ذهب إلى تغايرهما قال بأنه دليل التغاير[1].

والعرف والعادة مترادفان في اصطلاح علماء الأصول. أما الفقهاء فقد اختلفوا في شأن أنواع العرف العملي. ومنهم من عَدَّ العادة أعم من العرف ليعني العرف عادة أكثر استقرارا وأوفر قوة غير أن جمهور الفقهاء نظروا إليهما كمترادفين في المعنى[2].

ولأجل وضع مفهوم محدد للعرف سنشير إلى أهم الفروق بين العرف وبين العادة كما ساقها لنا الفقهاء وهي على الوجه الآتي:

1 - إن العادة عند الفرد والجماعة والعرف لا يصدر إلا عن جماعة وهو تأكيد على غلبته الاجتماعية.

2 - إن العادة مصدرها العقل أو الهوى أو الطبع أو حوادث خاصة والعرف لا يكون مصدره إلا العقل. أي ما يترشح عن فعل المجموع المقول.

3 - وقال بعضهم إن العادة تختص بالأفعال والعرف بالأقوال كما أشار إلى هذا المعنى أكثر من مفسر[3].

4 - وقال آخرون إن العادة قد تكون قهرية شاملة جميع الناس أما العرف فلا بُدَّ له من ان يشتمل على عنصري العقل والاختيار، فالعادة مثلا سن البلوغ على اختلاف البيئات[4].

مما تقدم يمكن القول بان العرف اخص من العادة خصوصا مطلقا فكل عرف عادة وليس كل عادة عرفا فتكون العادة هنا

(1) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، تحقيق: عبد العزيز محمد الوكيل، مؤسسة الحلبي، (القاهرة، د. ت)، ص127.

(2) مصطفى الزلمي وعبد الباقي البكري، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، المكتبة القانونية، (بغداد، 2008)، ص115.

(3) ابن سيده، المخصص، دار الآفاق الجديدة، (بيروت، د. ت)، ج12، 75.

(4) ابن عابدين، الرسائل، ج2، ص 119.

بمعنى الأمر المكرر من غير علاقة عقلية والمراد بالأمر المكرر ما يشمل القول والفعل وتكرر الشيء حصوله مرة بعد أخرى ومن هنا يسمى الفعل المتكرر عادة؛ لان صاحبه يعود إليه مرة بعد أخرى ويركز الباحثون على ضوابط للعادة إذ يجعلون ما تكرر لعلاقة عقلية خارجاً عن تكرار انتشار الضوء كلما طلعت الشمس وإن مصادر العادة قد تكون أمراً طبيعياً كحرارة الإقليم أو عقليا وهو العرف بالمعنى الاصطلاحي فهو المادة التي يستوي فيها العادة والعرف، أو كان مصدره هوى أو شهوة كالتقاعس عن خيرات وقصد الضرر وأكل المال بالباطل أو كان مصدره حادثاً خاصا كفساد الألسنة الناشئ عن اختلاط العرب بالأعاجم.

5 - وبعض الفقهاء من خالف كل الآراء السابقة وآمن بفكر التكميل أو الترادف فقد جعل العادة هي العرف ويظهر هذا جانبا عند ابن الجزري[1]، فقد جعل العادة هي العرف وابن نجيم الحنفي[2]، وابن عابدين[3]، ويذكر عبد الوهاب خلافا أ ن العرف والعادة في لسان الشرعيين لفظان مترادفان معناهما واحد[4]، والذي يترجح لدينا أن العرف والعادة مترادفان - ما صدق مختلفان مفهوماً كما ذكر ابن عابدين[5]، لأننا في الواقع الخارجي لا نجد عادة إلا وهي عرفاً أما العادة الفردية أو تلك التي يكون مصدرها طبعاً أو هوىً فهما يردان المغايرة بين العرف والعادة - أما من حيث الوقوع فهما فكل عادة عرف وكل عرف عادة[6]، فهذا هو الاتجاه

(1) محمد بن عبد الرحمن الجزري، تعريف الوصول إلى علم الأصول، (القاهرة، د. ت)، ص 145.

(2) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ج1، ص 127.

(3) ابن عابدين، الرسائل ج2، ص114.

(4) حمد الكبيسي، أصول الأحكام وطرق الاستنباط في التشريع الإسلامي، ط1، الدار العربية للطباعة، (بيروت، 1975م)، ص138.

(5) ابن عابدين، الرسائل، ج2، ص114.

(6) حمد الكبيسي، أصول الأحكام، ص138.

السائد لدى فقهاء وأصوليي الشريعة وهو التسوية بينهما؛ لأن مفهومها واحد فكل يصدق على كل ما يصدق عليه الآخر[1].

مما تقدم يمكن تحديد اتجاهات الفقهاء في مفهوم العادة والعرف بالاتجاهات الآتية:

الاتجاه الأول: وهو ترادف العرف والعادة ويقرنها في تعريف واحد، وهو: «العادة والعرف ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول»[2] فالعرف إذن يدل على تتابع الكثيرين عليه، والعادة تدل على عادة الناس وكذلك على العادة الفردية[3]. وقد تبنى هذا الاتجاه النسفي.

الاتجاه الثاني: وهو أن العادة أعم من العرف، فالعرف ما تتابع عليه الكثيرون، والعادة تشمل هذا، وتشمل العادة الفردية. من هنا يمكن القول أن العادة قد تعني السلوك العام في البلاد وقد تكون خاصة ببعضها أو ببعض الفرق[4]، ويرجح القرافي على أن ما اختص بواحد يطلق عليه عرفاً والجماعة من باب أولى، ويدل كذلك على أن ما كان قولياً أو فعلياً مما تتابع واستمر يسمى عرفاً أو عادة. فالعادة والعرف عند القرافي بمعنى واحد فهو مع أصحاب الاتجاه الأول. [5]والتعريف الذي يمثل هذا الاتجاه هو تعريف أحمد سير علي المباركي حيث يقول: «العرف ما اعتاده أكثر الناس وساروا عليه في جميع البلدان أو في بعضه سواء أكان ذلك في جميع العصور أم في عصر معين»[6].

الاتجاه الثالث: وهو أن العرف أعم من العادة، وقد نسب هذا إلى

---

(1) مصطفى الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، الأردن، (عمان، 1999م) ص88.

(2) احمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء. عرض نظرية في التشريع الإسلامي، مطبعة الأزهر، (القاهرة، 1941م)، ص 85.

(3) احمد بن سير المباركي، مرجع سابق، ص 31.

(4) الطيب خضري، مرجع سابق، 2ج، ص182.

(5) القرافي، مصدر سابق، ص 211 - 212.

(6) احمد بن سير المباركي، مرجع سابق، ص 35.

الكمال ابن الهمام أخذاً من قول: «العادة هي العرف العملي» وقال شارحه في ذلك: «العادة وهي الأمر المتكرر ولو من غير علاقة عقلية والمراد هنا العرف العملي»[1].

وهذا الاتجاه صريح في أن العادة قسم من العرف، ويدل على أن العرف أعم من العادة، ولكننا نرى بعض الباحثين يعلقون على هذا القول بقولهم: ويكون تخصيص العرف بالقول والعادة بالفعل[2] وهذا مخالف لما قاله بعض الباحثين.

الاتجاه الرابع: وهو أن العادة تخالف العرف، فالعادة لما استقر من الأفعال والعرف لما كان من الأقوال. وصرح بهذا الفناري حيث يقول: «حصر المشايخ قرينه المجاز في خمسة، ما بدلالة العرف قولاً والعادة فعلاً» [3].

وإذا نظرنا إلى هذه الاتجاهات نرى إن كلاً منها ينظر إلى العرف والعادة من زاوية خاصة، وأن النظرة التي يجب أن تراعى، هي نظرة الشارع إلى العرف والعادة المعتبرين في استنباط الأحكام الشرعية، وهذه النظرة تحتم تساوي العرف والعادة في المقاييس الشرعية، فالعادة أو العرف المعتبر شرعاً هو ما يعم كل الناس أو أكثرهم أو طائفة من الناس، لا ما يخص فرداً بذاته، سواء أكان قولاً أو فعلا، وفي هذه النظرة لا بد من القول بترادف العرف والعادة بهذا المعنى، وهو الذي نرجحه.

ومن هذه الاتجاهات يمكننا ترجيح تعريف كل من العرف والعادة المقصودين هنا بقولنا: العرف والعادة الجماعية هما: ما اعتاده أكثر الناس وساروا عليه من كل فعل شاع بينهم، أو لفظ تعارفوا على إطلاقه على معنى خاص لا تألفه اللغة، ولا يتبادر غيره عند سماعه، سواء أكان ذلك في جميع البلدان أم في بعضها في جميع العصور أو في عصر معين، أو عند طائفة معينة وتلقوه بالقبول.

---

(1) محمد أمين باد شاه، مرجع سابق، ج1، ص317،

(2) الطبيب خضري، مرجع سابق، ج2، ص183.

(3) الفناري، فصول البدائع في أصول الشرائع، ط2، مطبعة شيخ يحى أفندي، (القاهرة، 1289 هـ)، ج 20، ص100.

❖ العرف والأدلة الشرعية

الدليل معناه في اللغة: الهادي إلى أي شيء حسي أو معنوي خير أو شر. ويراد بالدليل اصطلاحاً: ما يمكن التوصل بصحيح النظر فيه إلى حكم شرعي عملي على سبيل القطع أو الظن وان ذهب بعض الفقهاء إلى إطلاق لفظ الإمارة على ما يستفاد منه حكم ظني فإن أدلة الأحكام الشرعية تعني مصادرها[1]

والأدلة الشرعية التي تستفاد منها الأحكام العملية ترجع إلى أربعة: القران، والسنة، والإجماع، والقياس، وهذه الأدلة الأربعة اتفق جمهور المسلمين على الاستدلال بها واتفقوا أيضا على أنها مرتبة للاستدلال بها هذا الترتيب: القرآن، فالسنة، فالإجماع فالقياس. وتوجد أدلة أخرى عدا هذه الأدلة الأربعة لم يتفق جمهور المسلمين على الاستدلال بها، بل منهم من استدل بها على الحكم الشرعي، ومنهم من أنكر الاستدلال بها. وأشهر هذه الأدلة المختلف في الاستدلال بها ستة: الاستحسان، المصلحة المرسلة والاستصحاب والعرف ومذهب الصحابة، وشرع من قبلنا. وسنتناول علاقة العرف ببعض هذه الأدلة بعد أن بينا علاقته بالكتاب والسنة وبما يتفق مع بحثنا في هذا الموضوع [2].

1 - العرف والإجماع:

يفيد لفظ الإجماع لغة معنى أولهما العزم والتصميم، وثانيهما اتفاق اثنين أو أكثر على أمر كأن يقال: أجمعوا على الرحيل أو أجمعوا على أمر[3].

دخل العرف في اجتهاد الفقهاء في كل المسائل التي لم يؤخذ نص يمنعها، أو يخالفها. مثلا عَدّ الإمام مالك عمل أهل المدينة –أي العرف المتبع – إجماعا كافيا ودليلا شرعيا عند عدم النص، أو عند عدم الوضوح. هذا بخصوص العادات العربية القديمة. أما بخصوص العادات الجديدة التي

(1) مصطفى الزلمي وعبد الباقي البكري، مرجع سابق، ص59.

(2) عبد الوهاب خلاف، أصول، ص15، 16.

(3) مصطفى الزلمي وعبد الباقي البكري، مرجع سابق، ص 94..

وجدها العرب والمسلمون في فتوحاتهم الواسعة أو التي حدثت في العصور اللاحقة فإنها دخلت من باب إجماع الفقهاء، أو من باب أصل الإباحة، أو من باب تطبيق القياس، أو من أبواب الاستحسان، أو المصالح المرسلة، أو الاستدلال، أو غير ذلك ممن الأدلة المعتمدة في استنباط الأحكام اتفاقا، أو اختلافا[1].

وعلى هذا الأساس اعتمد الفقهاء في جميع المذاهب القاعدة الكلية التي تقول: «العادة محكّمة». ومعناها: انه يُرجع إلى العادة وتجعل بمنزلة الحكم لإثبات الحكم الشرعي، فقد روى البخاري في صحيحه: أن القاضي شريحاً قال للغزالين: «سنتكم بينكم» أي: اتبعوا ما تعارفتم عليه في معاملاتكم. ووضع الفقهاء لاسيما الحنفية قواعد كلية عديدة في هذا الباب، ولو أنهم نقلوا معظم هذه القواعد عن الفقهاء الشافعية، كما فعل ابن نجيم مثلا بنقله كتاب «الأشباه والنظائر» عن كتاب للسيوطي بنفس الاسم، وعن ابن ألسبكي وغيرهما. وهذه القواعد قد تبنتها مجلة الحكام العدلية العثمانية، ومنها: «المعروف عرفا كالمشروط شرطاً» و«المعروف بين التجار كالمشروط بينهم» و«التعيين بالعرف كالتعين بالنص» و«الممتنع عادة كالممتنع حقيقة»[2].

وقد حدد القرافي قاعدة رددها في الفروق، وفي الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، وهي: «أن جميع أبواب الفقه المحمولة على العائد إذا تغيرت العادة تتغير الأحكام - تبعا لها - في تلك الأبواب». وان هذه القاعدة تطبق بلا خلاف في الأحكام الاجتهادية التي لا تسند إلى نص من القرآن أو السنة[3].

ولما كان الإجماع يعني اتفاق المجتهدين من أمة محمد (ﷺ) في عصر من العصور على حكم شرعي[4]. فإن بين الإجماع والعرف اتفاق في بعض الأمور واختلاف في البعض الآخر ويمكن إيجازها بما يأتي:

---

(1) محمد بن إبراهيم، مرجع سابق، ص 219.
(2) صبحي محمصاني، مقدمة في أحياء علوم الشريعة، ط1، (بيروت، 1962)، 73 - 75.
(3) محمد بن إبراهيم، مرجع سابق، ص220.
(4) القرافي، شرح تنقيح الأصول، ج2، ص4.

1 - الإجماع هو اتفاق كل المجتهدين [1]، أما العرف فهو اتفاق الناس جميعاً أو أكثرهم لا فرق بين مجتهد وغيره، أو اتفاق أهل بلدة أو صناعة.

2 - الحكم الثابت بالإجماع لا يجوز تغيره إلا إذا كان سنده مصلحة أو عرفاً، أما الحكم الثابت بالعرف فيجوز تغييره عند تغير الأعراف والعادات.

3 - الحكم الثابت بالإجماع لا يجوز مخالفته والثابت بالعرف تجوز مخالفته برضا المتعاقدين إلاّ العرف الشرعي.

4 - الإجماع لا يصادم نصاً، فالإجماع في معارضة النص لا ينعقد، أما العرف فقد ينعقد في معارضة النص كإباحة التعامل بالربا ولكنه لا يعدّ ولا يعترف به، وإنما هو عرف باطل.

5 - الإجماع يكون حجة بمجرد انعقاده، أما العرف فلا بدَّ من الدوام والاستمرار حتى يحكم به.

6 - والمسائل المجمع عليها أغلق فيها باب الاجتهاد، أما المتعارف عليها فهي قابلة للاجتهاد.

7 - والإجماع حجة لمجمعين ولمن يأتي بعدهم، أما العرف فلا يكون ملزماً إلا لمن تعارفوا عليه إذا كان لا يخالف نصاً.

8 - الإجماع لا يتم إلا بعد النظر في المسألة المعروضة والبحث في أدلتها، ثم يكون، الإجماع [2]. أما العرف فهو أمر تلقائي يطبقه الناس في حياتهم [3].

2 - العرف والمصلحة المرسلة:

المصلحة المرسلة أي المطلقة في اصطلاح الأصوليين: المصلحة التي لم

---

(1) عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ص34.

(2) حسنين محمود حسنين، مرجع سابق، ص 22.

(3) احمد بن سير المباركي، مرجع سابق، ص 52.

يشرع الشارع حكما لتحقيقها، ولم يدل دليل شرعي على اعتبارها أو إلغائها، وسميت مطلقة؛ لأنها لم تقيد بدليل اعتبار أو دليل إلغاء. ومثالها المصلحة التي شرع لأجلها الصحابة اتخاذ السجون أو ضرب النقود، أو إبقاء الأرض الزراعية التي فتحوها في أيدي أهلها ووضع الخراج عليها أو غير هذه من المصالح التي اقتضتها الضرورات أو الحاجات أو التحسينات ولم تشرع أحكام لها، ولم يشهد شاهد شرعي باعتبارها أو إلغائها[1].

ومن هذا التعريف للمصلحة نجد أن العلاقة بينها وبين العرف ظاهرة جلية؛ لأن طبيعة البشر تحرص على جلب المنافع ودفع المفاسد، فإذا فعل إنسان فعلاً، ووجد فيه الخير له، نراه يحرص عليه، وإذا علم غيره بما في هذا الفعل من الخير تابعه عليه، وهكذا حتى يعم هذا الاستعمال الناس، أو أكثرهم، وعندئذ يتكون العرف، فالعرف أساسه المصلحة وهو ناشئ عنها، ولهذا نرى بعض الفقهاء لا يجعلون العرف دليلاً مستقلاً بذاته عن غيره من الأدلة، وإنما يجعلونه قسماً من المصلحة، وبهذا يقول عبد الوهاب خلاف: «والعرف عند التحقيق ليس دليلاً مستقلاً وهو في الغالب من مراعاة المصلحة المرسلة، وهو كما يراعى في تشريع الأحكام يراعى في تفسير النصوص، فيخصص به العام ويقيد به المطلق»[2].

وعلى هذا تكون العلاقة بين العرف والمصلحة بصفة عامة، العموم والخصوص المطلق، يجتمعان في المصالح التي استقر العرف على مراعاته، كشرب الماء من السقاء من دون تحديد ثمن، ودخول الحمام من دون تحديد أجرة. وينفرد الأعم وهو المصلحة، في المصلحة التي وصل إليها أحد المجتهدين، ولم يجر بها عرف.

3 - العرف والاستحسان:

الاستحسان في اللغة: عد الشيء حسنا. وفي اصطلاح الأصوليين: هو عدول المجتهد عن مقتضى قياس جلي إلى مقتضى قياس خفي، أو عن حكم

---

(1) عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ص63.

(2) المرجع نفسه، ص 68.

كلي إلى حكم استثنائي لدليل أنقدح في عقله رجح العدول[1].

وإذا نظرنا إلى أنواع الاستحسان التي ذكرها الأصوليون وجدنا:

أ - منها نوع سنده العرف، فالعرف والاستحسان يجتمعان في هذا النوع، ومثال ذلك: أن القاعدة العامة في الوقف أن يكون مؤبداً، ومقتضى هذه القاعدة أنه لا يجوز وقف المنقول استقلالاً؛ لأن المنقولات على شرف الهلاك، فلا تكون قابلة للتأبيد، فلا يصح وقفها، ولكن الإمام محمد بن الحسن أجاز ما جرى العرف بوقفه منها. يقول الموصلي: «وعن محمد بن الحسن جواز وقف ما جرى فيه التعامل كالفأس والقدوم والمنشار والقدور والمصاحف والكتب، بخلاف ما لا تعامل فيه» [2].

ب - وينفرد الاستحسان في الاستحسان الذي سنده غير العرف كالنص والإجماع والضرورة ونحوها، ومثاله: السَلَم، فإن القاعدة العامة أنه لا يجوز للإنسان أن يبيع ما ليس عنده عملاً بقول الرسول (ﷺ): «ولا تبع ما ليس عندك» [3]، ولكننا استحسنا جوازه، واستثنياه من هذه القاعدة العامة، عملاً بقول الرسول (ﷺ): «من أسلف في تمر فلسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى آجل معلوم»[4]. فقد أجاز الرسول ﷺ، وبين شروطه حتى لا يقع نزاع بين الأمة.

ج - وينفرد العرف فيما إذا لم يكن في مقابله دليل آخر، ومثاله: إذا لم يتفق الزوجان على المعجل والمؤخر من المهر عملنا فيه

---

(1) عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ص60.

(2) عبد الله بن محمود بن مودود الحنفي الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، دار الكتب العلمية، (بيروت، 2005)، ج3، ص58.

(3) صحيح مسلم مع شرح النووي، ج 6، ص88.

(4) حسن المرعي، في أنواع الاستحسان، الاستحسان عند الأئمة وأنواعه وتطبيقاته، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية في دبي، العدد الخامس عشر، يناير (1988م)، ص53.

بالعرف [1]، وعلى هذا تكون العلاقة بين العرف والاستحسان العموم والخصوص الوجهي، يجتمعان في وجه وينفرد كل منهما في وجه كما بينا.

4 - العرف والمتعارف في العمل:

بينا العرف فيما مضى، وهو ما اعتاده أكثر الناس. وأما العمل، فالمراد به عمل أهل المدينة الذي نقل عن مالك الاحتجاج به؛ وذلك لأن لعمل أهل المدينة خصوصيات تخصه، لشهادة النقل والعقل بذلك ففيها عاش الرسول الكريم محمد ﷺ حياته، شريعة تعيش بين الناس، في عباداته ومعاملاته وجهاده وسائر أحواله، وفيها نمت الشريعة وترعرعت، وازدهر الاجتهاد على يد الصحابة الأجلاء، فلها ميزتها الخاصة بها.

تعريف العمل: أو ما جرى عليه العمل قال الأمام مالك: «وما رأيت الأمر عندنا فهو ما عمل به الناس عندنا وجرت به الأحكام، وعرفه الجاهل والعالم كذلك ما قلت فيه: ببلدنا» [2]، فقد فسره الإمام مالك بالعرف الذي تعارفه الناس جميعاً يستوي في ذلك الجاهل والعالم وهذا بعينه هو العرف الذي نتكلم فيه. وهذا لا يسمى إجماعاً، وإنما هو عرف تسلسل العمل به واستمر من لدنه رسول الله ﷺ تبعاً ونقلاً، لا اجتهاداً ورأياً، وهو سنة منقولة من العصر النبوي أما ما اتفقوا عليه بالاجتهاد، ولم يخالفهم أحد في الأمة فهذا ينطبق عليه حد الإجماع فيكون إجماعاً وقد تقدم الفرق بينهما.

وما اختلفوا فيه فالخلاف فيه موجود بين غيرهم من أفراد المجتهدين في الأمة، ويبقى باب الاجتهاد مفتوحاً حتى يتم عليه إجماع في عصر من العصور.

5 - معنى آخر لما جرى عليه العمل:

وقد يستعمل اصطلاح ما جرى عليه العمل فيما اتفق عليه المجتهدون

---

(1) محمد بن إبراهيم، مرجع سابق، ص187 - 188.

(2) الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب، الدار التونسية للنشر، المؤسسة الوطنية للكتاب، (الجزائر، 1984م)، ج10، ص 32.

في بلد من البلاد، أو إعمال مذهب معين في مصر من الأمصار، أو ما قضت به المحاكم في ولاية من الولايات، هذا ينزل منزلة العرف في وجوب التحاكم إليه والرجوع له على أن يستوفي الشروط التي نذكرها للعرف.

والفرق بين هذا وبين العرف: أن العرف يعتبر فيه العامة والخاصة، أما ما جرى عليه العمل فيعتبر فيه من يقتدي بهم من العلماء والمجتهدين والقضاة وإن كان مبيناً في الجملة على ما تعارفه الناس في حياتهم.

وقد كان للفقه المالكي القدح المعلى في التحاكم إلى ما جرى به العمل ونبع العلماء على هذا قديماً وحديثاً. وضابط القول في هذا، وأهم شروطه، ألاّ يخالف نصاً ولا إجماعاً [1].

6 - العرف والعمل بالقرينة:

القرينة: هي كل إمارة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه، وتتقسم إلى قطعية كوجود الدخان فإنه قرينة على وجود النار، وظنية وقد تضعف حتى تكون مجرد احتمال وتنقسم أيضاً إلى قرائن شرعية أو قانونية وإلى قرائن قضائية. وتنقسم ثالثاً وهو المراد لنا إلى عقلية وعرفية.

فالعقلية: هي التي تكون النسبة بينها وبين مدلولها قائمة على عرف وعادة تتبعها دلالتها وجوداً ودعماً، وتتبدل بتبدلها، كشراء المسلم شاة قبل عيد الأضحى، فإنها قرينة عرفية على قصد الأضحية. وقد اعتمد الفتها، الدلالة العقلية القطعية كالحكم بالسرقة على من وجد المسروق عنده إلا إذا قام دليل، أما الدلالة العرفية فالفقهاء يعدّونها من قبل ما يسمونه بالظاهر، وهي تُعَدُّ مرجحات أوليه لزعم من تشهد له من الخصمين [2].

ومن أمثالها: إذا اختلف الزوجان في متاع البيت يحكم لكل واحد منهما بما يشبه أن يكون له، وعليه مالك وأبو حنيفة والفقهاء السبعة وخالف الشافعي في هذا وعامها كالأجنبيين، فالحق لا يثبت لأحد الزوجين كالأجنبيين

---

(1) عمر عبد الكريم الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، مطبعة فضالة، المحمدية، (المغرب 1984م)، ص 64.

(2) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص 918.

إلاّ بحجة ظاهرة من يد[1]، أو بيان مما تستحقه الزوجة من الأمتعة في البيت مما جرى عليه العمل في هذه الأيام أو غيرها، وللقرائن واعتماد الفقهاء عليها مجالات كثيرة لها أحكامها تبحث في الكتب الفقهية والقواعد والفروق، والذي يعنينا هنا هو صلتها بالعرف العلاقة بينهما: القارئ لهذه التقسيمات والناظر فيها يكاد يحكم بأن بين العرف والقرينة عموماً وخصوصاً مطلقاً يجمعان فيما يكون من القرائن عرفياً، وينفرد الأعم وهو القرائن بالقرينة العقلية كما هو مستنتج من كلام من كتب في القرينة والعرف.

ولكننا لو دققنا النظر لوجدنا أن القرينة بأنواعها مبناها على العرف، حتى ما يسمى بالعقلية منها فالعرف إذن هو أساس القرينة، وسبب للفهم مما يفهم منها، والله أعلم.

---

(1) الشيرازي، المهذب في فقه الأمام الشافعي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، (القاهرة، 1343هـ)، ج2، ص442.

المبحث الثاني

شروط العمل بالعرف وأركانه

إن العرف الذي نحاول إثبات حجية في هذا البحث والذي عَدّهُ الفقهاء دليلاً يصلح لبناء الأحكام عليه مقيد بشروط لا يمكن العمل به إلا بعد توفرها حتى يؤخذ به إذ لا يمكن الاعتداد بالعرف الفاسد أو الطارئ.

❖ شروط العمل بالعرف

يشترط لاعتبار العرف شرعاً أي لاعتماده دليلاً، توافر الشروط الآتية:

أولاً: ألاّ يخالف العرف نصاً قطعياً أو يناقض أصلا قطعياً من أصول الشريعة الإسلامية. وأن لا يكون الأخذ بالعرف فيه تعطيل لحكم ثابت بنص شرعي. فلا عبرة بعرف أو عادة بخلاف ما تقدم ومن تحريم الشارع الحكيم لكثير من الأعراف والعادات القديمة الحديثة التي عارضت نصوص أصول الشريعة الإسلامية مثل تحريم أكل الربا وشرب الخمر واليانصيب وتحريم السفور[1].

قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾[2]، وقال تعالى: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ﴾[3].

والمقصود بالعرف المخالف للنص ما كان مخالفاً له من كل وجه بحيث يكون العمل بالعرف مبطلاً للنص بالكلية كما في الأمثلة السابقة في العوائد التي أطلق عليها الفقهاء العرف الفاسد. أما إذا لم يكن العرف مخالفاً للنص من كل وجوه فيعمل بالعرف من جهة ويعمل بالنص من غير ما اقتضى به

---

(1) عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه طبعة، دار الرسالة، (بيروت، 2004م)، ص213.

(2) سورة البقرة: الآية 275.

(3) سورة المائدة: الآية 90.

العرف كما في عقد الاستصناع وبيع العرايا فهماً [1]، لا يجوزان في الشرع أصلاً؛ لأن الأول بيع معدوم والثاني بيع الشيء بجنسه متفاصلاً ولكن الشرع جوزهما عرفاً لتعامل الناس بها بدون إنكار[2].

يقول ابن عابدين: ولا اعتبار للعرف المخالف للنص لأن العرف قد يكون على باطل بخلاف النص كما قال ابن الهمام وقال صاحب الأشباه: «العرف غير معتبر في المنصوص عليه» [3]. ويؤيد ذلك ما نقل في الظهرية عن مسالة اعتمد به على العرف وترك النص معلقاً على ذلك بقوله: وهذا ضعيف وبعيد؛ لأن التعامل بخلاف النص لا يعدّ والذي يبدو من كل ما سبق أن النص لا يصح أن يترك بالعرف من دون حرج أما إذا وجد نوع حرج فإنه أمر متروك لمصلحة شرعية إذ إن رفع الحرج مطلوب أيضاً كما دلت عليه النصوص الشرعية، قال تعالى: ﴿ما جعل عليكم في الدين من حرج﴾[4] وفي الأشباه والقاعدة الثالثة: «المشقة تجلب التيسير» ويقول الأمام السرخسي في المبسوط: «وكل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر»[5] وهو الراجح.

ثانياً: أن يكون قيل سلفاً في التعريف (مقبولة عند الطباع السليمة) أي أن تكون معقولة عند ذوي العقول الرشيدة ومطابقة للذوق السليم أو كما يقال موافقة للرأي العام فكل عرف لا تقبل به العقول السليمة والطباع السوية فلا عبرة بكل عادة أو عرف تخدش الذوق أو الحياء أو كما أطلق العلماء بـ (المروءة) أو تجر إلى أهلها الويلات كالأعراف السائدة في بعض القبائل في بعض أنواع الزواج والفوضوية في الثأر.

ثالثاً: أن يكون العرف مطرداً في جميع الحوادث أو يكون غالباً في أكثرها في جميع الحوادث، وبهذا يقول ابن نجيم: «إنما تعتبر العادة إذا إضطردت أو غلبت» [6].

---

(1) ابن عابدين، مجموعة الرسائل، ج 2، ص116.
(2) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 87.
(3) السرخسي، المبسوط، ج 8، ص186.
(4) المصدر نفسه، ج 8، ص 186.
(5) السرخسي، المبسوط، ج12، ص18.
(6) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 40.

ومعنى الاضطراد أن يكون العرف شائعاً لا يختلف عند أحد من أهل العرف سواء أكان العرف عاماً أم خاصاً - يقول ابن عابدين في رسالة نشر العرف: «أعلم أن كلا من العرف العام والخاص إنما يعتبر إذا كان شائعاً بين أهله يعرفه جميعهم»[1] أما الغلبة فمعناها أن يكون العرف أكثرياً أي لا يختلف عنه إلا قلة من الناس؛ لأن تقرير العرف بين الناس وتمكنه من نفوسهم لا يتم إلا بالاضطراد أو الغلبة وهذا هو المراد من قول الفقهاء وهو المراد أيضاً بقولهم: «العبرة بالغالب الشائع لا بالنادر»[2].

أي أن المعتبر في بناء الأحكام على العادة هو النظر إلى الأحكام الشائعة الغالبة الوقوع التي ينظر فيها إلى الأحوال النادرة الوقوع فالأحكام تبنى على حالة نادرة؛ لأن النادر والمغلوب تابع للغالب.

رابعاً: أن يكون العرف سابقاً أو مقارناً لمعاملات دون العرف المتأخر الطارئ[3]: ومعنى هذا أن يكون العرف الذي يحمل عليه التصرف موجوداً وقت إنشاءه بأن يكون حدود العرف سابقاً على وقت التصرف ثم يستمر إلى زمانه فيقارنه؛ لأن العرف يؤثر في ما يوجد بعده لا في ما مضى قبله[4]، فلا عبرة واحتاج بالعرف الطارئ المتأخر وبناء عليه يجب تفسير حجج الأوقاف والوصايا والبيوع ووثائق الزواج وما يرد فيها من شروط واصطلاحات على عرف المتصرفين الذي كان موجوداً في زمانهم لا على عرف حادث بعدهم - ولو خالف العرف الحاضر الطارئ؛ لأن مقصد المتكلم من ألفاظه يوضحه عرفه لا عرف غيره. ويستوي في ذلك العرف العملي والقولي. فكل الألفاظ الواردة في الكتاب والسنة تفسر بما كان عليه عرف العرب في أقوالهم وأفعالهم لا بما استحدثه الفقهاء المتأخرون وعامة الناس من عرف جديد كما في لفظ الربا والميسر.

والنكاح والعقود وفي هذا يقول ابن نجيم (العرف الذي تحمل عليه

---

(1) ابن عايدن، مجموعة الرسائل، ص 28.

(2) منير القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ط1، مطبعة العاني. وزارة المعارف العراقية، (بغداد، 1949)، ج1، ص96.

(3) صبحي محمصاني، فلسفة التشريع، (القاهرة، 1975)، ص 215.

(4) القرافي، شرح تنقيح الفصول، ص194.

الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر[1] وقال السيوطي (لا عبرة بالعرف الطارئ) [2].

خامساً: أن يكون العرف سواء أكان لفظياً أو عملياً لا يخالف مضمونه أي أنه لا يوجد عنه أحد من المتعاقدين عند إنشاء العقد أو التصرف تصريح منهما كقول أو علم يفيد عكس ما جرى به العرف فكان أبو حنيفة يقول: «إنما يعتبر العرف فيما لم يرد نص بخلافه» [3]، كما في تعجيل نصف المهر وتأخير النصف الأخر، لكن إذا اشترطت الزوجة تعجيل كل المهر قبل الزواج فذلك جائز ولا يحكم بالعرف كما قال الأمام السرخسي: «أن العرف يسقط اعتباره عند وجود النص بخلافه»[4] ولذلك قال ابن عابدين: «فأن ظاهر الرواية قد يكون مبنياً على صريح النص من الكتاب أو السنة أو الإجماع ولا اعتبار للعرف المخالف لنص؛ لأن العرف قد يكون على باطل بخلاف النص» كما قال ابن الهمام: «العرف غير معتبر في المنصوص عليه»[5] فكل تصريح من المتعاقدين يدل على خلاف العرف يصح ويكون العمل به إلزاماً ولا يصار إلى دلالة العرف إذ لا عبرة في مقابلة التصريح كما يقول العلماء ويقول العز بن عبد السلام: (كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدون بخلافة بما يوافق مقصود العقد صح) [6]

سادساً: أن يكون العرف ملزماً، ومعنى ذلك أنه يتحتم على أهله العلم بمقتضاه والسير على ضوئه ويرون في الخروج عليه مذمة وعاراً وهذا خاص بالعرف المثبت لحق من الحقوق لقيامة مقام العقد أو الشرط[7].

---

(1) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 101.

(2) السيوطي، مصدر سابق، ص 96.

(3) السرخسي، المبسوط، ج 9، ص17.

(4) المصدر نفسه 23ج، ص 18.

(5) ابن عابدين، مجموعة الرسائل، ج2، ص115.

(6) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصلح الأنام، مؤسسة الريان، (بيروت، 1410هـ)، ج1 2، ص186.

(7) عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ص212.

من هذه الضوابط يتضح لنا أن الفقهاء قد قيدوا أعراف وعادات الناس بضوابط عدة حتى يمكن استنباط الأحكام منها والبناء عليها وإنهم لم يبنوا على الأعراف والعادات؛ لأنها أعراف عادات بل إن الشريعة الإسلامية أخذت الصالح منها والنافع والموافق لنصوصها والمتماشي مع أعراف وطبائع العرب أهل العقول الرشيدة والطباع السليمة.

❖ أركان العرف عند الفقهاء

إن قاعدة العرف تقوم على ركنين:

أولهما: ركن مادي وهو العادة التي نشأت عن اعتياد الناس على سلوك معين لتنظيم علاقة ما.

وثانيهما: ركن معنوي. وهو توافر عنصر الإلزام في تلك العادة.

1 - الركن المادي للعرف:

وهو نشوء عادة قانونية زمن أجل يتطلب لقيامها توافر الشروط الآتية:

أولاً: تعلق العادة بالعلاقات القانونية القائمة بين الأشخاص في المجتمع وقيامها في دائرة معاملاتهم. أما ما ينشأ بين الناس من العادات في مجاملاتهم ومظاهرهم كتبادل الهدايا والزيارات في المناسبات. فلا يدخل في دائرة العادة التي ينشأ عنها العرف، وإنما يقع في منطقة أصول المجاملات والتقاليد الاجتماعية.

ثانياً: عموم العادة: أي أنه ينبغي أن تكون العادة من حيث الأشخاص الذين تتناولهم بالحكم، فلا تقتصر في التطبيق على شخص أو أشخاص معينين بذواتهم وإنما تتوجه إليهم بصفاتهم. وأن تكون عامة في المكان الذي تتبع فيه باطراد، سواء شملت كل إقليم الدولة أو اقتصرت في التطبيق على جزء منه، وعليه فلا يطعن في عموم العادة اقتصارها في التطبيق على جزء من إقليم الدولة؛ لأنَّ العادة كما تكون شاملة لكل إقليم الدولة، فإنها محلية تقتصر على جزء منه، كما لا يطعن في عموم العادة اقتصارها في التطبيق على فئة من الأشخاص في نطاق تطبيقها. فقد تكون مهنية تقتصر في

التطبيق على طائفة منهم يزاولون مهنة أو حرفاً معينة كالتجار والصناع. بل وقد تقتصر على شخص واحد معين بصفته. كرئيس الدولة متى اعتاد على إصدار نوع معين من القرارات فتنشأ عن اعتباره عادة قد تنقلب عرفاً يخوله إصدار قرارات من هذا النوع [1].

ثالثاً: قدم العادة: وينبغي مضى زمن على نشوئها واطراد العمل بها يؤكد عمومها وثباتها ويدل على رسوخ أثرها في النفوس واطمئنان الناس إلى الحل الذي تضعه. وليست هناك مدة محددة في الشأن وإن كان الغالب أن تبلغ من القدم مدى ينسى الناس بمضيه تاريخ نشوئها. ومع ذلك فإن تحديد الزمن الذي يقتضيه قدمها أمر يخضع لتقدير القاضي. ويتأثر القاضي في تقديره بطبيعة المعاملات التي تنشأ فيها العادات وتفاوت موضوعها ومدى تكرر العمل بها. فالعادات الزراعية تحتاج في استقرارها إلى زمن أطول مما نحتاجه العادات التجارية. وقد لا يحتاج استقرار العادة إلى زمن طويل والى تواتر العمل بها كثيراً. فيكفي لنشوء العرف الدستوري خاصة[2] والعرف الدولي أحياناً إتباع الحل الذي تضعه العادة في قضية معينة. وبذلك يتضاءل شأن شرط القدم بالنسبة لهذين النوعين من الأعراف [3].

رابعاً: اطراد العادة في التطبيق وثباتها. ويقصد بالاطراد إتباع العادة بصورة متواترة ومنتظمة، أي تكرار تطبيقها على نسق واحد، بحيث يتوافر لها عندئذ معنى ويقصد بالثبات أتباعها بصورة مستمرة، أي بصوره غير متقطعة، بحيث يتأكد وجودها [4]. فينتفي وجودها إذا أتبعت فترة وعدل عنها بعدئذ. ثم رجع إليها وعزف عنها أخيراً. غير أن عدول بعض الأشخاص عن إتباعها لا يكفي لنفي أطرادها وثباتها؛ لأن العبرة في ثباتها تكون بإتباعها في أغلب حالات انطباقها من قبل اغلب من تتوجه إليهم بحكمها. ومع ذلك فإن مسألة ثباتها مسألة تخضع لتقدير القاضي للتأكيد من وجودها

(1) عبد الحميد متولي، المفصل في القانون الدستوري، 1ج، ص165.
(2) عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972م، ص127.
(3) عبد الحميد متولي، المفصل في القانون الدستوري، ج1، ص 165.
(4) المرجع نفسه، ج 1، ص165.

واستقرارها دون معقب عليه من قبل محكمة التمييز [1].

خامساً: معرفة الناس بالعادة وشيوع أمرها؛ ذلك لأن العادة لا تنشأ عن اصطلاح طرفين في علاقة قانونية على وضعها وسيرهما بمقتضاها فترة من الزمن بصورة مطردة ثابتة، ولا يكفي لاستقرارها ولتوافر صفة العموم والاطراد والثبات لها إتباعها من قبل عدد محدود من الناس، وإنما ينبغي أن يجري العمل بمقتضاها من قبل أغلب المخاطبين بها. وهذا ما لا يمكن تحققه إلاّ إذا شاع وجودها بين الناس وأحاطوا علماً بمضمونها واندفعوا إلى إتباعها عن بينة واختيار [2]؛ ذلك لأن الجهل بها من قبل أغلب من يتعلق بها حكمها يطعن في نشوئها واستقرارها.

سادساً: عدم مخالفة العادة في حكمها لنصوص التشريع الآمرة: لأن هذه القواعد الآمرة تتعلق كما سنرى بكيان المجتمع ومصالحة العليا ولا يجوز للعادة أن تخالف مضمونها. وعدم جواز مخالفته القواعد الآمرة.

2 - الركن المعنوي في العرف:

وهو توافر عنصر الإلزام في العادة وهو ما اتفق الشراح على تسميته ركن الاعتقاد بلزوم العادة؛ ذلك لأنّ العادة لا تصبح عرفاً إلاّ إذا اعتقد الناس بأنها ملزمة وشعورا بما لها منحرمة تقتضيهم إتباعها [3]. فتوافر الركن المادي لا يكفي لوجود العرف وإن نشأت العادة بتوافره. وإنما ينبغي أن يتحقق له الوجود المعنوي أو النفسي إلى جانب الوجود المادي فيستقر في روع الناس الاعتقاد بوجوب إتباع العادة بوصفها قاعدة قانونية تقترن بجزاء مادي تفرضه السلطة العامة عند مخالفتها وبغير هذا الاعتقاد لا يوجد العرف باعتباره قانوناً ملزماً. بل يظل عادة يملك الأفراد مخالفتها من دون التعرض للجزاء القانوني. وواضح أن الاعتقاد هذا عبارة خلافاً للنص التشريعي الذي يكسب قوته الملزمة بمجرد نشره وحلول ميعاد نفاذه، وإنما

(1) عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ج 1، ص165.

(2) المرجع نفسه، ج1، ص165.

(3) سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، ط4، منشورات دار النهضة العربية، (القاهرة، 1990م)، ص 295.

ينمو في ضمير المجتمع بصورة تدريجية خلال فترة يختلف فيها القضاء والفقه في أمر توافره ومن ثم في اعتبار ما يواجهونه عادة أم عرفاً. حتى إذا ساد الاعتقاد بقوتها الملزمة، وهو أمر يستخلص من مشاعر نفسية دون أن تدل عليه إرادة في إنشاء قاعدة قانونية، أضحت عرفاً واجب الإتباع وعدّت قاعدة قانونية. وعليه فإن هذا الركن المعنوي هو ما يميز العرف عن العادة التي تمثل ركنه المادي والتي جرى

❖ أنواع العرف

يبدو أن العرف يكون على انواع عدة، فهو ينقسم من حيث مظهره إلى عرف قولي وعرف عملي، وينقسم من حيث شموله إلى عرف عام وعرف خاص، ويتقسم من حيث مشروعيته إلى عرف صحيح وعرف فاسد.

1 - العرف من حيث مظهره:

أ - العرف القولي: هو أن يتبع بين الناس استعمال لفظ من الألفاظ على معنى معين بحيث إذا أطلق اللفظ يصبح ذلك المعنى هو المفهوم المتبادر منه بلا قرينة وإن كان اللفظ يطلق عليه فمثلاً تعارف الناس إطلاق كلمة الولد على الذكر من دون الأنثى مع أنها في اللغة تطلق على الاثنين، وبهذا المعنى جاءت في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ﴾، وقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾[1].

ب - العرف العملي: فهو اعتياد الناس على شيء من الأفعال العادية أو المعاملات المدنية، وجريانهم عليها في حياتهم العملية.

2 - العرف من حيث شموله:

أ - العرف العام: ما يتعارفه الناس في جميع البلاد في وقت من الأوقات كتعارفهم دخول الحمامات من غير تعيين مدة المكث فيها ولا تعيين مقدار الماء المستهلك.

---

(1) سورة النساء، الآية 11.

ب - والعرف الخاص: هو ما يتعارفه أهل بعض البلاد كتعارف أهل العراق على إعطاء علاوة للمشتري زيادة على مقدار المبيع وكتعارف التجار على إثبات ديونهم على من يتعامل معهم بمقتضى دفاترهم من غير حاجة إلى إشهاد. [1].

3 - العرف من حيث شرعيته:

أ - العرف الصحيح هو ما لا يخالف نصاً من نصوص الشريعة ولا قاعدة من قواعدها وإن لم يرد به نص خاص، كتعارف الناس على بيع سلعة ما كيلا أو وزنا آو عدا. [2].

ب - العرف الفاسد هو ما يخالف أحكام الشريعة وقواعدها الثابتة كتعارف الناس على كثير من النكرات مثل العمل بالربا وشرب الخمر وتعاطي القمار ونحو ذلك[3]. ورأي فقهاء الحنفية أن العرف العام بنوعيه القولي والعملي يقوي على تخصيص النص، بينما يقصر الشافعية ذلك على العرف القولي[4].

❖ مزايا العرف وعيوبه:

يمتاز العرف بجملة مزايا وتكتنفه بعض العيوب.. وأبرز مزايا العرف ما يأتي:

أولاً: إنه يعد تعبيراً صادقاً عما يرتضيه أفراد المجتمع في تنظيم علاقاتهم؛ ذلك لأن العرف يجيء ثمرة ما اعتاده الناس في سلوكهم لتنظيم معاملاتهم على النحو الذي يحقق رغباتهم، ويستجيب لما يحتاجه من قواعد قانونية تسد متطلباته، وتلاءم أوضاعه. وهو مصدر الشيء الذي يتصل اتصالاً وثيقاً بالجماعة ويعدُّ وسيلتها الفطرية في تنظيم المعاملات ووضع المعايير وعليه فأن العرف بحكم نشوئه أصدق قواعد القانون تعبيراً عن

---

(1) عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص145.

(2) أحمد فهمي أبو سنة، مرجع سابق، ص12.

(3) محمد سلام مدكور، مرجع سابق، ص175.

(4) عبد الوهاب خلاف، ص91.

حاجات الجماعة وأحوالها [1].

ثانياً: إنه يتابع المجتمع في تطوره ويبدو أكثر مرونة في مسايرة الأوضاع الاجتماعية من القانون المكتوب؛ ذلك لأنه يحور في القواعد القائمة كلما جدت حاجة أو تغير وضع فيلغي من القواعد ما لم يعد ملائماً وينشئ ما تقتضيه الحاجة بصورة تلقائية من دون تدخل سلطة أو اعتراض إرادة. فقواعده تتحرر من الجمود الذي تتميز به القواعد المكتوبة. وتغايره ليس رهناً بإرادة سلطة قد تعمد إلى القعود عن تعديل ما وضعته من القواعد فتحول بذلك دون مسايرتها لتطور المجتمع [2].

ثالثاً: إنه يسد نقص التشريع فيعد مصدراً للقانون مكملاً له ويعاونه في التنظيم فيحكم ما أحال التشريع إليه حكمه؛ ذلك لأن التشريع إليه مهما كانت دراية وسعة أفقه يعجز عن الإحاطة بجميع العلاقات الاجتماعية ووضع الحلول للروابط القانونية كافة. فالمشرع بما أوتي من قدرة بشرية محدودة لا يستطيع التنبؤ بما سيجد في المستقبل من روابط ومنازعات كي يضع لها الحلول. ولا يملك الإلمام بتفاصيل القائمة كي يفي بجميع إحكامها، ولذلك لا مفر من التسليم بنقص التشريع وعجزه عن سوق جميع الحلول. ومن ثم كان لابد من الرجوع إلى مصادر للقانون مكملةً للتشريع، ويقف العرف في المقدمة. فيرجع إليه في حكم كل حالة عجز المشرع عن تصور قيامها أو عجز عن وضع حلول تفصيلية لها لنفقدها، فروضها أم لاستعمالها على النص، سواء أكان ذلك في دائرة المعاملات التجارية أو في غيرها من المعاملات الخاضعة لحكم قواعد القانون المدني أو قواعد فروع القانون الأخرى. وقد يبدو العرف معاوناً لتشريع في الحكم فحسب لا مكملاً له في قصوره، فقد يحيل التشريع إليه تنظيم مسألة معينة لم تدخل في دائرة التعاقد.

أو يقضي باللجوء إليه في تفسير نية المتعاقدين. وبذلك يقدم العرف لدور المكمل للتشريع والمعاون له مما يرفع من شأنه في الحياة القانونية ويُعَدُّ

---

(1) سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 324.

(2) عبد الفتاح عبد الباقي، الوجيز، ص 179.

من مزاياه [1].

أما عيوب العرف التي أدت إلى تدني منزلته وتفوق التشريع عليه فأهمها ما يأتي:

أولاً: إنه يعجز عن تحقيق تغيير عاجل في القانون لمواكبة سرعة تطور المجتمع في بعض نواحي حياته، بسبب بطء تكوينه وتطوره؛ ذلك لان æنشوءه أو تغيره يقتضي وجود عادة توافر فيها عنصر وجود العادة يستلزم شروطاً منها القدم والثبات. وكل منهما يقضي في الغالب مضي زمن طويل تستقر العادة عقبه. وعليه فإن العرف لا ينشئ القاعدة القانونية الا بصورة تدريجية ولا يغيرها ألا على أمر بطئ، وإذا كان يتابع تطور المجتمع فإنَّ التطور الذي يسايره وهو ما كان متدرجاً أما إذا جاء التطور سريعا فان العرف يعجز عن تزويد الجماعة بما تحتاج إليهِ من القواعد للمواجهة ويبرز تفوق الشيء عالياً عندئذ؛ لانَّ المشرع يبادر إلى صوغ ما يستجيب لمقتضيات التطور السريع بالسرعة الواجبة من القواعد، ويكون التشريع أداة طبيعية لمواجهة هذا التطور العاجل، لما يتصف به من سرعة في الإنشاء والتعديل [2].

ثانياً: أنه يفضي إلى ضياع وحدة القانون في الدولة بسبب التعجل في نطاق تطبيقه؛ ذلك لانَّ العرف غالباً ما يكون محلياً أو مهنياً ويندر أن يعم الدولة بأسرها وبذلك تتعدد القوانين وتختلف في الدولة الواحدة على نحو يفضي لا إلى تعقد التعامل فيها فحسب، وإنما إلى تفكك وحدتها القومية وتصدع وحدتها السياسية. فوحدة القانون كما ذكرنا من قبل عنصرٌ من عناصر الترابط والاتحاد[3].

ثالثاً: انه لا يضمن ما ينبغي أن يحققه القانون في المجتمع في نظام وطيد وتعامل مستقر، بسبب غموض قواعده وصعوبة التثبت من وجودها والتحقيق من مضمونها؛ ذلك لان قواعد العرف فضلاً عن بطء تكوينها، فإنّها

---

(1) سليمان مرقس: مرجع سابق، ص 318 – 324.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 130.

(3) شمس الدين الوكيل، محاضرات في النظرية العامة للحق، ط1، منشأة المعارف، (الإسكندرية، 1965م)، ص158.

تقتصر على إنشاء مضمون القاعدة القانونية فقط، وتفقد الصياغة المحكمة التي تدرج فيها قواعد التشريع فتكفل التعرف على الحقوق والواجبات وتضمن استقرار التعامل، فقواعد العرف غامضة ينقصها الوضوح والتحديد؛ لأنها ليست مكتوبة بحيث يتيسر التثبت من وجودها ومعناها. وذلك ما يؤدي إلى الاختلاف حول وجودها والتنازع في تحديد مضمونها مما يتعارض مع أمن المعاملات واستقرارها وينافي ما يجب أن يسود المجتمع من نظام [1].

❖ نماذج من الأحكام المبنية على العرف

ذكرنا فيما سبق آراء كبار الأئمة في العرف وقد اتضح منها اتفاقهم جميعا على مراعاته والرجوع إليه في بناء الأحكام الفقهية، وان كان هناك تفاوت في مدى الأخذ بها تبعا لاختلاف الزمان والمكان من ناحية، واختلافهم في تحكيمها من ناحية أخرى[2].

ومن يدقق النظر في الكتب الفقهية وخاصة في أبواب الإيمان والحيض والنفاس والولادة والبيع والشراء والإجازة وفي الألفاظ المستخدمة في النصوص وغير ذلك من الأحكام التي يتطلب معرفتها الرجوع إلى الأعراف والعوائد يدرك بسهولة ويسر كثرة المسائل وغزارة الأحكام التي بنوها على العرف في فتاويهم وقضيتهم مما يجعلنا نجزم بان جميعهم قد عدّوا العرف دليلا، غير أنَّ بعضهم قد فصل كالأحناف والمالكية وبعضهم قد أجمل كالحنابلة والشافعية[3].

وقبل بيان ذلك وتوكيده بضرب الأمثلة أود أن أشير إلى أن الأحكام الفقهية المبينة على اعتبار العرف تختلف تبعا لاختلاف الأزمنة والأمكنة؛ لذلك نجد أئمة المذهب الواحد يختلفون في الاستنباط تبعا لاختلاف العرف وتغيره حتى في البلد الواحد[4].

---

(1) سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 398.

(2) فتحي عثمان، الفكر القانوني الإسلامي بين أصول الشريعة وتراث الفقه، مكتبة مدبولي، (القاهرة، د. ت)، ص74.

(3) فتحي عثمان، مرجع سابق، ص75.

(4) المرجع نفسه، ص 7.

فالأعراف التي سادت أهل الكوفة أو أهل المدينة مثلا في الأربعين أو الخمسين سنة التي أعقبت وفاة الإمامين أبي حنيفة ومالك اختلفت شيئا ما عن العرف الذي ساد عصرهما، كما وجدنا العلماء المتأخرين يخالفون الأئمة المتقدمين في بعض ما حكموا به من فروع، وهذا الاختلاف هو ما يقول فيه الفقهاء انه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان.

وسنحاول في هذا المبحث جمع طائفة من الأحكام التي مبناها العرف وذلك على مختلف المذاهب؛ لنرى مدى اتساع العمل بالعرف في الاستنباط وبنائها عليه إما بانفراد أو بمساعدة دليل آخر. وذلك بصرف النظر عما إذا كان عاما، أو خاصا، أو لفظياً، أو فعليا، بل المهم أن يكون العرف عاملاً ومؤثرا عند من استعمله كدليل مستقل أو مساعد. وسندرس هذه الأحكام على وفق ما وردت في كل مذهب من المذاهب.

أولاً: مسائل من العمل بالعرف في الفقه الحنفي:

1 - نفقة المضارب:

يقول السرخسي: «إن الشريك إذا سافر بمال الشركة فنفقته في ذلك المال عند محمد، والمضارب كذلك لأنه فرغ نفسه عن أشغاله لأجل مال المضاربة فهو كالمرأة إذا فرغت نفسها لزوجها، ونفقته حينئذ هي طعامه وكسوته ودهنه وغسل ثيابه وركوبه في سفره إلى المصر الذي أتاه بالمعروف على قدر نفقة مثله. وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: إن دهنه ليس من جملة النفقة، وكأنهما أرادا به في الموضوع الذي لا يحتاج فيه إلى استعمال الدهن عادة فتكون الحاجة إليه نادرة والثابت عرفا لا يثبت فيما هو نادر، ومراد محمد بوجوب الدهن ضمن النفقة إذا سافر إلى المواضيع التي يحتاج فيها إلى استعمال الدهن عادة وذلك في ديار الحجاز والعراق» [1].

2 - العيب الذي يرد به المبيع:

ومن المقرر شرعاً: أن المبيع يُرد بالعيب، لا يرد بكل عيب، والمرجع في معرفة العيب الذي يرد أو لا يرد، إنما هو العرف. جاء في شرح العناية على

(1) السرخسي المبسوط، مصدر سابق، ج22، ص63.

الهداية: «وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب؛ لأنَّ التضرر بنقصان المالية، ونقصان المالية بانتقاص القيمة فالنقص بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله»[1].

3 - في بيع السَلم:

قال السرخسي: «ولا بأس بالسلم في العصير في حينه وزناً أو كيلاً؛ لأنه يوزن أو يكال كاللبن وكذلك الخل لا بأس بالسلم فيه كيلاً معلوماً أو وزناً معلوماً؛ لأنه يكال ويوزن وأعلام المقدار بذكر كل واحد منهما محصل والأصل أن ما عرف دونه مكيلاً على عهد رسول الله ﷺ فهو مكيل أبداً وان اعتاد الناس بيعه وزنا وما عرف كونه موزونا في ذلك الوقت فهو موزون أبداً وما لم يعلم كيف كان يعدّ عرف الناس في كل موضع إن تعارفوا فيه الكيل والوزن جميعا فهو مكيل وموزون - هذا عند الإمام وأصحابه، وخالفهم أبو يوسف - فقال: أن المعتبر في جميع الأشياء، العرف. لأنه إنما كان مكيلاً في ذلك الوقت أو موزوناً في ذلك الوقت باعتبار العرف لا بنص فيه من رسول الله ﷺ ولكننا نقول في تقرير رسول الله ﷺ إياهم على ما تعارفوه في ذلك بمنزلة النص منه فلا يتغير بالعرف لان العرف لا يعارض النص» [2].

يتضح من كلام أبي يوسف أن القياس في المكيل والموزون يتبدل بتبدل العرف كما في سائر الأموال الربوية التي لم يرد نص خاص بشأن مقياسها ويذهب إلى أن النص في مقياس تلك الأصناف الستة، معلل بالعرف فإنما ورد النص بلزوم التساوي فيها كيلاً أو وزناً لأن هذا مقياسها المتعارف في عهد النبي ﷺ ولو كان العرف فيها على مقياس آخر لورد النص معتبراً فيها ذلك المقياس الآخر [3].

---

(1) البابرتي، العناية على الهداية. ط1، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، (القاهرة، 1315هـ)، ج5، ص135.
(2) السرخسي، المبسوط، ج12، ص142.
(3) ابن حجر، فتح الباري بشرح صحيح البخاري. ط1، المطبعة السلفية، (القاهرة، 1407هـ)، ص157.

4 - الوكالة في الرهن:

قال السرخسي: «إذا دفع الرجل إلى الرجل متاعاً» فقال: بعه أو ارهن به لي ففعل فهو جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله سواء كان مثل الثمن أو أقل بما لا يتغابن الناس فيه لان الأمر بالارتهان مطلق فيجري على إطلاق ما لم يقم دليل التقييد وعندهما لا يجوز إلا أن يرتهن رهناً هو مثل الثمن أو اقل بما يتغابن الناس فيه بناء على أصلهما، إن التقييد يحصل بدلالة العرف ولو باعه ولم يرتهن به رهناً هو مثل الثمن أو اقل مما يتغابن الناس فيه بناء على أصلهما أن التقييد يحصل بدلالة العرف لو باعه ولم يرتهن بالثمن ليكون حقه مضموناً وليندفع عنه ضرر الثراء عند موت المشتري مفلساً فإذا باعه ولم يرتهن به لم يحصل مقصوده الذي صرح به فلا ينفذ تصرفه فيه) [1].

5 - الوكالة بالصرف:

قال السرخسي: «وإذا جاء وكيله بألف درهم يصرفها له بدنانير، فصرفها الوكيل بدنانير كوفية فهو جائز في قول أبي حنيفة، لأن وزن الكوفية كوفية وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: أما اليوم فإن صرفها بكوفية مقطعة لم يجز، لان وزن الكوفية على الشامية صرفها بكوفية مقطعة لم يجز، لأنَّ وزن الكوفية على الشامية الثقال وإنما جاز قبل اليوم، فان صرفها بكوفية مقطعة لم يجز لان وزن الكوفية كان على الكوفية المقطعة ففيه النقص. وهذا اختلاف عصر، فأبي حنيفة أفتى بما كانت عليه المعاملة في عصره وهما كذلك، والحاصل انه يعدّ في كل زمان ومكان ما هو المتعارف» [2].

6 - في تسمية المهر:

قال السرخسي: «إذا سمي في المهر بيتا، فالمراد منه متاع البيت عادة من دون البيت المسمى، وهذا معروف بالعراق، يتزوج على بيت أو بيتين فيريدون متاع البيت مما تجهز به تلك المرأة وينصرف إلى الوسط من ذلك لاعتبار معنى المعارضة على ما قلنا - ثم قال أبو حنيفة قيمة البيت أربعون درهماً وقيمة الخادم أربعون ديناراً قال أبو يوسف: هو على قدر الغلاء

---

(1) السرخسي، المبسوط ج 19، ص77 - 78.

(2) السرخسي، المصدر نفسه، ح 14، ص66.

والرخص وليس هذا اختلاف في الحقيقة ولكن أبا حنيفة قصر فتواه على ما شاهده في زمانه، وهما زادا على ذلك وبينا الفتوى في الأوقات والأمكنة كلها والأمر على ما قالا فان زادا على ذلك وبينا الفتوى في لأوقات والأمكنة كلها. والأمر على ما قالا فان القيم تختلف باختلاف الغلاء والرخص»[1].

ثانياً: مسائل من العمل بالعرف في الفقه المالكي:

لقد رجع الإمام مالك إلى العرف كثيراً في أبواب مختلفة ومن ذلك بناؤه أحكام النفاس والرضاع والإيمان والمضاربة منها ما يأتي:

1 - وجوب الرضاع على الزوجة الدنيئة من دون الشريفة:

وسنده في ذلك العرف، قال ابن رشد: «وأما حقوق الزوج على الزوجة بالرضاع وخدمة البيت على اختلاف بينهم في ذلك. وذلك أن قوما ما أوجبوا ذلك على الدنيئة ولم يوجبوا ذلك على الشريفة إلا أن يكون الطفل لا يقبل ثديها وهو مشهور قول ذلك. وسبب اختلافهم: هل آية الرضاع[2] متضمنة حكم الرضاع أعني إيجابه أو متضمنة أمره فقط؟ فمن قال أمره لا يجب عليها الرضاع إذ لا دليل هنا على الوجوب ومن قال: تتضمن الأمر بالرضاع وإيجابه وإنها من الأخبار التي مفهومها مفهوم الأمر قال: يجب عليها الرضاع وأما من فرق بين الدنيئة والشريفة فاعتبر في ذلك العرف والعادة»[3].

2 - توزيع الربح في المضاربة:

إذا اختلف رب المال والعامل في مقدار الربح المتفق عليه، فلكل واحد منهما أن يرجع في ذلك إلى العرف ويكون القول العامل مع يمينه، أم جرى عرف بمثل ما يدعيه وإلا رد إلى قراض مثله.

ففي الموطأ، قال مالك: «في رجل دفع إلى رجل مالاً للقراض فربح فيه ربحا فقال العامل: قارضتك على أن لي الثلثين، وقال صاحب المال: قارضتك

(1) السرخسي، المصدر نفسه، ص 66..

(2) قال تعالى من سورة البقرة: آية: 333: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾.

(3) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة استقامة، (القاهرة، 1966م)، ج2، ص61.

على أن لكَ الثلث، قال مالك: القول قول العامل، وعليه في ذلك اليمين إذا كان ما قال يشبه قراض مثله، وكان ذلك نحواً مما يتقارض عليه الناس وان جاء بأمر يستنكر ليس على مثله يتقارض الناس، لم يصدق ورد إلى قراض مثله» [1].

3 - في ظهر النفساء:

قال مالك في النفساء: «متى ما رأت الطهر بعد الولادة وان قرب فإنها تغتسل، وتصلي فان رأت بعد ذلك بيوم أو يومين أو ثلاثة، أو نحو ذلك دماً مما هو قريب من دم النفاس كان مضافاً إلى دم النفاس، والعنت ما بينها من الأيام التي لم تر فيها دماً، فان تباعد ما بين الدمين كان الدم المستقبل حيضا، وان رأت الدم قرب دم النفاس كانت نفساء وان تمادى بها الدم أقصى ما يقول النساء انه دم نفاس وأهل المعرفة بذلك كانت إلى ذلك نفساء وان زادت على ذلك كانت مستحاضة» [2].

4 - مدة النفاس:

قال ابن وهب: «سألنا مالكاً عن النفساء كم تمكث في نفاسها» إذا تمادى بها الدم حتى تغتسل وتصلي. قال: ما أجد في ذلك حداً وقت كنت أقول في المستحاضة قولاً وقد كان يقال لي أن لا تقم حائضاً أكثر من خمسة عشر يوما ثم انتظر في ذلك، فرأيت أن اختلط لها فتصلي وليس ذلك عليها أحب إلي من أن تترك الصلاة وهي عليها أن تستظهر بثلاث فهي مستحاضة فأرى اجتهاد العالم لها في ذلك سعة، ولتسأل أهل المعرفة بهذا فتحملها عليه لأن النساء ليس حالهن في ذلك حال واحد فاجتهاد العالم في ذلك يمنعها»[3].

هكذا حكم المالكية في العرف فبنوا عليه أحكام النفاس والحيض على ما يعرفه النساء من عاداتهن. ومن يراجع المسائل الفقهية في المدونة وغيرها، سيجد أن كثيراً منها مبني على العوائد والأعراف.

---

(1) الإمام مالك، الموطأ، تعليق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، (القاهرة، 1951م)، ج2، ص701.

(2) الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج 1، ص53.

(3) المصدر نفسه، ج، ص53.

ثالثاً: مسائل من العمل بالعرف في الفقه الشافعي:

1 - الحرز في السرقة:

لقد اعتمد الإمام الشافعي في تحديد الحرز - الذي يعدّ شرطا في قطع يد السارق - على العرف. ففي الأم يقول: «أنظر إلى المسروق. فإن كان في الموضع الذي سرق فيه تتسبه إلا أنه في مثل ذلك الموضع محرز فاقطع فيه، وان كانت العامة لا تتسبه إلا أنه في مثل ذلك الموضع محرز فلا يقطع فيه»[1].

وفيه أيضاً. «وانظر إلى متاع السوق فإذا ضم بعضه إلى بعض في موضوع بياعاته. وربط بحبل أو جعل الطعام في خيش وخيط عليه فسرق فإنني اقطع فيه؛ لأن الناس مع شحهم على أموالهم هكذا يحرزونه»[2].

2 - إستصناع الصناع من غير بيان الأجرة:

الأصل في عقد الإجارة بيان المنفعة ومقدار الأجرة، فإذا لم تذكر الأجرة وقام الأجير بالعمل وعد متبرعا، إلا أن العرف قد جرى في بعض الصناعات أن لا يذكر الأجر عند الاستئجار مع جريان العادة إنهم لا يعلمون إلا بأجر كالبنائين والحلاقين والخياطين وعلى هذا فإنهم يستحقون الأجر ولو لم يذكر عند الاستئجار، وفي هذا يقول عز الدين بن عبد السلام: «استصناع الصناع الذين جرت عادتهم بأنهم لا يعلمون إلا بأجرة إذا استصنعهم مستصنع من غير تسمية أجرة كالدلال، والحلاق، والفاصد والحجام والنجار والحمال والقصار، فالأصح أنهم يستحقون من الأجرة ما جرت به العادة لدلالة العرف على ذلك»[3].

---

(1) عبد الستار حامد الدباغ عبد الستار حامد الدباغ، العرف وأثره في بناء الأحكام، بحث في مجلة كلية الشريعة. العدد5، (2000)، ص209.

(2) الإمام الشافعي، الأم، طبع دار الشعب، أشرف على طبعه وتصحيحه محمد زهدي النجار، (دار المعرفة، 1973م)، ج6، ص135 - 136.

(3) العزبن عبد السلام، قواعد الإحكام في مصالح الأنام، (القاهرة، د. ت)، ج2، ص130.

3 - في الإيمان:

إن الأيمان عند الشافعية مبنية على العرف، فلو تعارض العرف مع الشرع قدم عرف الاستعمال عندهم، فلو حلف رجل لا يأكل لحماً فأكل سمكاً لم يحنث؛ لان السمك يسمى لحماً عرفاً، وكذلك كل لفظ عرف بمعنى إنما يحمل عليه.

ويقول السيوطي: في الكلام عند تعارض العرف مع الشرع. «أنه لا يتعلق لا شرع حكم فيتقدم عليه عرف الاستعمال» [1].

ويضرب السيوطي أمثلة عّدة على ذلك منها: «لو حلف لا يجلس على بساط أو تحت سقف أو في ضوء سراج لم يحنث بالجلوس على الأرض وإن سماها الله بساطاً، ولا تحت السماء وإن سماها الله سقفاً، ولا في الشمس وان سماها الله سرجاً، أو حلف لا يأكل ميتة أو دماً لم يحنث بالسمك والجراد والطحال فقدم العرف في جميع ذلك لأنها استعملت في الشرع تسمية بلا تعلق حكم وتكليف»[2].

رابعاً: مسائل من العمل بالعرف في الفقه الحنبلي:

1 - البيع بالمعاطاة:

يقول ابن قدامة: «بيع المعاطاة مثل أن يقول: أعطيني بهذا الدينار خبزاً فيعطيه ما يرضيه، أو يقول: خذ هذا الثوب بدينار فهذا البيع صحيح نص عليه احمد» [3].

وقال في الاستدلال لصحة هذا البيع: «ولنا أن الله أحل البيع ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع فيه إلى العرف كما رجع إليه في القبض والإحراز والتفرق والمسلمون في أسواقهم وبياعتهم على ذلك، ولأن البيع كان موجوداً بينهم معلوم عندهم وإنما علق الشرع عليه أحكاماً وأبقاه على ما كان. فلا

---

(1) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص102.

(2) المصدر نفسه، ص103.

(3) ابن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق أحمد شاكر، ط1، المطبعة المنيرية، (القاهرة، 1387هـ)، ج3، ص481.

يجوز تغييره بالرأي والتحكم»[1].

2 - استحقاق الأجر من غير شرط:

قول ابن قدامة: إذا دفع – إنسان – ثوبه إلى خياط أو قصار ليخيطه أو يقصره من غير عقد، ولا شرط ولا تعريض بأجر مثل أن يقول: خذ هذا فاعمله وأنا اعلم انك تعمل بأجر وكان الخياط والقصار منتصبين لذلك، ففعلوا ذلك فلهما الأجر، والحجة في ذلك العرف لقوله: «ولنا أن العرف الجاري بذلك يقوم مقام القول فصار كنقد البلد، وكما لو دخل حماما أو جلس في سفينة معهم ثم يقول: فأما إن لم يكونا منتصبين لذلك لم يستحقا أجراً إلا بعقد أو شرط العوض، أو تفويض به لأنه؛ لم يجر عرف يقوم مقام العقد فصار كما لو تبرع به أو عمله بغير إذن مالكه» [2].

3 - في انقضاء العدة بالإقراء:

قال ابن رجب الحنبلي في قواعده: «إذا تعارض الأصل والظاهر فإن كان الظاهر حجة يجب قبولها شرعا كالشهادة والرواية والإخبار فهو مقدم على الأصل بغير خلاف وان لم يكن كذلك بل كان مستنده العرف أو العادة الغالبة أو القرائن أو غلبة الظن ونحو ذلك فتارة يعمل بالأصل ولا يلتفت إلى الظاهر، وتارة يعمل بالظاهر ولا يفلت إلى الأصل ومن ذلك قبول قول المعتدة في انقضاء عدتها بالإقراء ولو في شهر في احد الوجهين والمنصوص انه لا يقبل إلا بالبينة في الشهر وفرق صاحب الترغيب بين مالها عادة منتظمة فلا يقبل مخالفتها بنية بخلاف من لا عادة لها وفي الفنون لابن عقيل: لا يقبل مع فساد النساء إلا ببينة تشهد أن هذه عادتها أو أنها رأت الحيض على هذا المقدار وتكرر ثلاثاً» [3].

4 - إذا ادعت الزوجة عدم وصول النفقة الواجبة إليها:

اختلف الحنابلة فيما إذا ادعت الزوجة بعد طول مقامها مع الزوج

---

(1) المصدر نفسه، ج3، ص481.

(2) ابن حزم، مصدر سابق، ج5، ص415.

(3) ابن الحنبلي، لقواعد في الفقه الإسلامي. ط2، دارالجيل (، بيروت، 1988م)، ص367 – 368

انَّه لم يوصلها النفقة الواجبة ولا الكسوة فقال الأصحاب: «القول قولها مع يمينها؛ لان الأصل معها مع أن العادة تبعد ذلك جداً واختار الشيخ تقي الدين الرجوع إلى العادة»[1].

---

(1) المصدر نفسه، ص369.

المبحث الثالث

الأحكام المبنية على العرف

عرفنا بأنَّ العرف بين الناس حجة يجب العمل بها[1]: أي يعدّ استعمال الناس الجاري بينهم إذا لم يكن مخالفاً للنص، حجة يجب العمل بها والرجوع إليها. وبعبارة أخرى أن العرف غير المخالف للنص يجب الحكم والفتوى بموجبه سواء أكان التعامل عاماً أم خاصاً ويرجع إلى العرف في فض النزاع.

والسبب في عدّ التعامل بالعرف حجة كما ورد في شرح مجلة الأحكام العدلية [2]، هو أن هذا التعامل أشبه شيء بالإجماع، فكما أن الإجماع عدَّ حجة شرعية فكذا ما هو أشبه به، ولأن اتفاق الناس على شيء غير معارض للنص الشرعي دليل على أنه غير باطل، بل إن فيه إشعاراً بأنه متوارث من مصدر التشريع، أما إذا كان التعامل مخالفاً للنص الشرعي فلا يعتد به؛ لأن الدلالة على بطلانه ظاهرة فيجب إتباع النص وبطلان العمل بالتعامل به كما لو تعامل الناس بالربا فتعاملهم هذا مصادم للنص إذ كان مبنياً على العرف المألوف وقت ورود النص، ثم جاء التعامل بعد ذلك مخالفاً للنص تبدل العرف فإن العمل حسب هذا العرف والتعامل صحيح؛ لأنه عبارة عن العمل بالعرف الجديد قام مقام عرف سابق[3].

بهذه المعاني الخاصة جاءت بعض القواعد الشرعية في مجلة الأحكام العدلية مثل: «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» و«المعروف بين التجار كالمشروط بينهم» و«التعيين بالعرف كالتعيين بالنص». وهي قواعد ذكرتها مجلة الأحكام العدلية، وجاء في شرحها ما يدل على خصوص معانيها، ومواضع تطبيقها. وفيما يلي بعض هذه القواعد:

---

(1) الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. ط1دار الفكر، (القاهرة، 1357 هـ)، ج8، ص197.

(2) ابن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق: أحمد شاكر، ط1، المطبعة المنيرية، (القاهرة، 1387هـ)، ج2، ص405.

(3) منير القاضي، مرجع سابق، ج1، ص96 - 97.

❖ العادة محكّمة

جاء في المادة (36) من المجلة العادة مُحَكَّمة يعني أن العادة، عامةً كانت أو خاصة، تُجعل حكماً لإثبات حكم شرعي. وجاء في الشرح: إذا باع حماراً، ولم يذكر وقتَ البيع دخول البرذعة والاكاف أو عدمه، فيرجع في ذلك إلى العرف والعادة. ومنه: إذا استأجر حمالاً لنقل شيء من السوق إلى بيته، فيعتبر في حمله إلى داخل الباب العرف والعادة. وجاء في الشرح أيضاً: حيث لم يرد نصٌ بأخذ وإعطاء الزيتون والزيت ونحوها، كيلاً أو وزناً، فيرجع لدى الحاجة إلى عرف الناس، وأما فيما ورد النص فيه، فلا عبرة للعادة. أي أن ما لم يرد فيه نص خاص فإنه يُعْمَلُ فيه بالنص، أو النصوص العامة، التي تبيح ذلك الفعل، فيعتاده الناس، ويصبح له معنى ملازم له، ومفهوم منه، وإن لم يُذكر. ويكون ذلك المعنى وكأنه متفق عليه، أو مشروط، لأنه مفهوم ضمناً وإن لم يُذكر [1].

وبهذا يتبين أن هذه القواعد ليست قواعد كلية، أو عامة مطلقة، وإنما هي قواعد فقهية خاصة بمواضيع معينة. أي أن عمومها لا يتجاوز موضوعها، وعلى ذلك فتعميمها، وإطلاقها، خطأ، ويؤدي إلى التحريف والانحراف.

❖ العرف الممتنع عنه كالممتنع حقيقة

وجاء في (المادة: 38) الممتنع عادة كالممتنع حقيقة، أي: أن ما كان حسب العادة من الأمور الممتنع وقوعها، فإنَّهُ يعدّ الممتنع في نفس الأمر الواقع وبتعبير أدق أي أن المستحيل عادة لا تسمع فيه الدعوى كالمستحيل عقلاً[2]، وتكون العادة هي المعول الوحيد على وقوعها في الحكم والفتوى، ولا ينظر فيه إلى الإمكان العقلي كما لو ادعى مثلاً شخص بأن الجنين الذي في بطن هذه المرأة قد باعني المال الفلاني أو أقر بأن ذلك الجنين قد استعار مني أو قد استقرض منه مبلغاً قدره كذا، فادعاؤه وإقراره غير صحيحين؛ لأنه أسندهما إلى سبب مستحيل عادة وعرفاً، وكذلك لو ادعى شخص بنوة شخص أكبر منه

---

(1) منير القاضي، مرجع سابق، ج1، ص94.

(2) مُحي الدين السرحان، القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات المدنية،. جامعة بغداد، (بغداد، 1987)، ص42.

سناً[1]. فيرجع القاضي والمفتي في هذه الادعاءات على العرف فما يشهد به العرف يقر وما لا يشهد له العرف والعادة لا يقر، وهنا تبرز أهمية العرف في القضاء والفتوى ومدى اتساعه لكثير من الأحكام عبر العصور.

❖ الأحكام العرفية تتبدل بتبدل الأزمان

وجاء في (المادة: 39)، لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان، أي: أن الأحكام الجزئية في الوقائع إذا كانت مبنية على العرف في عصر ما فإنّها قد تتبدل في أمثالها من الوقائع في عصر آخر، لتبدل العرف والعادة في هذا العصر، فإن العادات قد تتبدل بتبدل الأزمان، قال ابن القيم في أعلام الموقعين معلقاً في فصل تغير الفتوى واختلافها بحسب الأمكنة والأحوال والصفات والعوائد: «هذا فصل عظيم النفع جداً، وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي هي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها وحكمة كلها»[2].

ومن المقرر عند علماء الأصول أن الحكم يدور مع العلة وجوداً وعدماً، وقد أطلق الأصوليون على هذا التغير والاختلاف بأنه «اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان» قال ابن القيم: «ومما تتغير به الفتوى تغير العرف والعادة، موجبات الإيمان والإقرار والنذور وغيرها فمن ذلك أن الحالف إذا حلف لا ركبت دابتك، وكان في بلد عرفهم في لفظ الدابة الحمار خاصة اختصت يمينه به، ولا يحنث ركوب الجمل ولا الفرس»[3]. ويقول الإمام القرافي من المالكية في تقريره ينبغي للمفتي مراعاتها منها أنه إذا ورد عليه مستفتي لا يعلم أنه من أهل البلدة التي فيها المفتي وموضع الفتيا أنه لا يفتيه بما عادته يفتي به حتى يسأله عن بلده وهل استجد لهم عرف في ذلك اللفظ اللغوي أم لا وإن كان اللفظ غريباً عن عرف ذلك البلد موافقاً لهذا البلد أم

---

(1) محي الدين السرحان، مرجع سابق، ص42.

(2) ابن القيم الجوزية، أعلام الموقعين من رب العالمين. تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد. ط1، المكتبة التجارية الكبرى، (القاهرة، 1955م)، ج 3، ص3.

(3) ابن القيم الجوزية، مصدر سابق، 3ج، ص50.

لا؟ ويرى القرافي بأنه أمر متعين لا يختلف فيه أحد من العلماء[1].

ولقد علل ابن عابدين هذا الاختلاف والتغير بتغير عرف أهل الزمان لحدوث ضرورة أو فساد زمان بحيث يجعل من الضرورة في تغير تلك الأحكام تبعاً لزمانهم - دفعاً للمشقة والضرر - بل إن تطبيق تلك الأحكام سيؤدي إلى مخالفة قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الحرج والضرر والفساد[2]، فنصوا عاماً في تفسير وحمل أقوال المكلفين ونياتهم وقالوا: «يحمل كلام الحالف والناذر والموصي والواقف وكل عاقد على لغته وعرفه وإن خالف لغة العرب ولغة الشارع»[3]، البلدة التي منها المفتي وموضع الفتيا أن لا يفتيه بما عادته به حتى يسأله عن بلده وهل وجدت لهم عرف في ذلك البلد في هذا اللفظ اللغوي أم لا وإن كان اللفظ غريباً فهل عرف ذلك البلد موافق لهذا البلد أم لا، ويرى القرافي أمر متعين واجب لا يختلف فيه العلماء[4] وفي السؤال التاسع والثلاثين يقول القرافي عن تغير تلك الأحكام المبنية على الأعراف وهل أن تغير تلك الأعراف مدعاة لتغير الفتاوى المسطورة في كتب الفقهاء أم نقف عند حدود نصوص المجتهدين في أزمانهم؟

❖ الحقيقة تترك بدلالة العادة

وجاء في المادة (40) الحقيقة تترك بدلالة العادة. وجاء في الشرح: لو قال الرجل لخادمه: أشعل الفنار، كان عليه أن يشعل الشمعة التي في الفنار، ولو أشعله فاحترق ضَمِنَ لأن مفهوم كلام الآمر بحسب العرف إشعال الشمعة لا الفنار، إذ غرض الآمر إشعالها لا إشعاله[5].

❖ إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت

وجاء في المادة (41) إنما تعدُّ العادة إذا اطردت، أو غلبت أي: أن العادة المعتبرة في القواعد الآنفة الذكر هي المطردة التي لا تختلف أبداً، أو الغالبة

---

(1) القرافي، الأحكام، ص231.

(2) ابن عابدين، مجموعة الرسائل، ج2، ص125.

(3) مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ص573.

(4) القرافي، الأحكام، ص249.

(5) منير القاضي، مرجع سابق، ج1، ص95.

التي تختلف قليلاً، أما العادة المغلوبة فلا عبرة بها، فقد أطلق عليها العلماء المضطربة، أو المشتركة، فلا يكون حجة للعمل بها، ولا تكون حكماً يرجع إليها في المنازعات ولا تترك الحقيقية بها، ولا تتغير الأحكام بتغيرها.

وهذه القاعدة فرع من قواعد العرف، والأمثلة المعروفة هناك تصلح هنا أيضاً، ويجب أن نعلم أيضاً أن العادة الغالبة الشائعة إنما تعدُّ إذا كانت مقارنة للواقعة المطلوب إعطاء الحكم فيها، أما العادة التي كانت شائعة قبل وقوع الحادثة المطلوب إعطاء الحكم فيها فلا ينظر إليها[1]، ومن الأمثلة على ذلك:

1 - الحكم بموت المفقود إذا أكمل التسعين من عمره؛ لأن الغالب أن الإنسان لا يعيش أكثر من ذلك وخلاف ذلك نادرٌ وقليل جداً[2].

2 - إذا أكمل الشخص خمس عشرة سنة من عمره حكم ببلوغه؛ لأن الغالب أن الإنسان يبلغ عند وصوله هذه السن.

3 - يحكم بانتهاء مدة الحضانة للطفل الذكر ببلوغه سبع سنين والبنت ببلوغها تسع سنين، لأن الغالب إذا بلغ الطفل سبع سنين يقدر على مداراة نفسه في الأكل والشرب واللبس ونحو ذلك، وإن البنت إذا بلغت تسع سنين تصل إلى مرتبة النساء وخلاف ذلك نادر وقليل، والعبرة للغالب[3].

❖ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً

وجاء بالمادة (43) المعروف عرفا كالمشروط شرطاً، ومعنى هذه القاعدة الفقهية أن الأمور المتعارف عليها بين الناس والمعتادة بينهم في المعاملات تعتبر كأنها مشروطة عند إجرائها، فإذا أجري العقد مثلاً على شيء وكانت هناك أمور تعتبر من لوازم صحة العقد على أحد الطرفين حسب العرف

(1) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص192.
(2) محي الدين السرحان، مرجع سابق، ص43.
(3) محي الدين السرحان، مرجع سابق، ص44.

والعادة، كانت تلك الأمور كالمشروط صراحة في العقد فيجب القيام بها[1].

ومثل قولهم الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي، وقولهم: «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»، وقولهم: «الثابت بالعرف كالثابت بالنص»، وقولهم: «المعروف كالمشروط باللفظ». ومعنى ذلك أنه يجب مراعاة العرف في تحديد الأشياء التي لم يحددها العقد[2]، ومن الأمثلة على ذلك:

1 - إذا استعمل أحد مال غيره المعد للاستعمال فعليه أجر المثل؛ لأن المعروف أن المعد للاستعمال لا يستعمل إلا بأجرة.

2 - متولي الوقف يستحق أجر المثل ولو لم يشرط له الواقف أجره؛ لأن المعروف أن متولي الوقف لا يحمل كلفة التولية بلا أجره[3]. والأمثلة على ذلك كثيرة منها:

أولاً: الإقرار المطلق على شرط باطل لأنه أخبار، والأخبار لا يقبل التعليق ولكن إذا علق بزمان صالح الحلول لأجل في عرف الناس يحمل على الإقرار بالدين المؤجل مثلاً لو قال أحد لآخر إذا وصلت إلى المحل الفلاني فإني مدين لك بكذا يكون إقراره باطلاً، غير أنه إذا قال أن أتى الشهر الفلاني فإني مدين بكذا، يحمل على الإقرار أو بالدين المؤجل لاقتضاء العادة ذلك[4].

ثانياً: كما لو استأجر شخص عاملاً بأجرة يومية فاختلفا في الزمن الذي يجب أن يقضيه في عمله فإن زمن اليوم الواحد محدد في العرف ساعات معينة حسب الأعراف والعادات ويرجع في تفسير معناه إلى المعنى الحقيقي[5].

❖ المعروف بين التجار كالمشروط بينهم

وجاء بالمادة (44)، وظاهر إنها داخلة في القاعدة القائلة «المعروف عرفاً

---

(1) منير القاضي، مرجع سابق، ج1، ص97.
(2) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص96.
(3) محي الدين السرحان، مرجع سابق، ص670.
(4) محي الدين السرحان، مرجع سابق، ص43.
(5) المرجع نفسه، ص43.

كالمشروط شرطاً فهي معها، ولعل سبب إفرادها أنها تعالج موضوعاً من أكثر الموضوعات التي تنطبق على القاعدة أنفة الذكر أعني به معاملات التجارة إذ إنها لا تختلف عن سابقتها بأي حكم من الأحكام. مفهوم القاعدة السابقة دخول الخاص تحت العام فإن القاعدة السابقة تبحث في المعروف بين الناس مطلقاً وهذه القاعدة تبحث في المعروف بين التجار، فالمعروف بين التجار في معاملاتهم التجارية فهو كالمشروط بينهم، فيلزم اعتباره ولو لم تشترط عند إجراء المعاملات، هذه القاعدة تثبت وجوب المراعاة للعرف الخاص كعرف التجار وأرباب الحرف والصنائع فإن لهم أعرافاً يجب مراعاتها[1] على مستوى الأفراد أو على مستوى الدول والمنظمات العالمية. والأمثلة:

1 - مؤجلاً إلى مدة معلومة أو مقسطاً، وكان عرف التجار جارياً بأن يكون الثمن في إلى مدة معروفة بينهم فإن البيع الواقع يعدّ لو باع أحد التجار بضاعة من غير أن يكون الثمن حالاً أو مقسطاً إلى تلك المدد بناءاً على ذلك العرف.

2 - إذا تعارف التجار بأن يطرح من وزن المشتري كذا من المائة فإذا باع أحدهم شيئاً من ذلك وجب هذا الترك[2].

❖ الوصول للحقيقة بدلالة العرف المستخدم

إن الأصول في الكلام كما هو معلوم من الحقيقة. ومعناها: أنه ما أمكن حمل الكلام على معناه الحقيقي لا يحمل على معناه المجازي إلا بقرينة. فالراجح في اللفظ المستعمل إرادة معناه الحقيقي مهما أمكن ذلك لأن المعنى الحقيقي أصل في اللفظ والمعنى المجازي خلاف الأصل فيه وكلما أمكن العمل بالأصل ولا يعدل إلى خلافه[3].

واللفظ إما حقيقة وإما مجاز، فالحقيقة هي اللفظ المستعمل في المعنى الذي وضع له كلفظ (سبع) إذا أريد منه الحيوان. أما المجاز: فهو اللفظ المستعمل لمعنى غير المعنى الذي وضع له اللفظ أصلاً لعلاقة بين المعنيين،

(1) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، 670.
(2) منير القاضي، مرجع سابق، ج1، ص106 - 107.
(3) محي الدين السرحان، مرجع سابق، ص43.

وقيام قرينة صارفة عن إرادة المعنى الحقيقي كلفظ (سبع) إذا أريد منه الإنسان القوي، وهنا تحول اللفظ من معناه الأصلي لحيوان مفترس إلى معناه المجازي (الإنسان القوي) بقرينة. وهنا يتضح أنه لابد للمجاز من قرينة تصرفه وتمنعه من معناه الحقيقي إلى المجازي[1]. وهذه القرينة إما لفظية أو حالية.

فاللفظية: هي أن يوجد في الكلام لفظ يصرف الفهم عن إرادة المعنى الحقيقي للفظ آخر مقرون به، كما سبق في المثال السابق.

والقرينة الحالية: هي أن تكون الحالة الراهنة مانعة عن إرادة المعنى الحقيقي من اللفظ، كالعادة فإنها حالة قد تصرف الفهم عن إرادة المعنى الحقيقي من اللفظ، مثلاً إذا قال صاحب شجرة لأحد: كل من هذه الشجرة فأكل هذا من ثمرها لأن أكل نفس الشجرة متعذر عادة، وليس لصاحب الشجرة طلب ضمان منه بدعوى أنه إنما أذن له بالأكل من نفس الشجرة لا من ثمرها[2]، وهذا بحث فصل علماء الأصول القول فيه وهو كالآتي:

1 - إن المعنى الحقيقي إذا كان غير مستعمل لسبب كونه متعذراً أو مهجوراً شرعاً أو مهجوراً عادة فلا خلاف في أنه يصار إلى المعنى المجازي. فلو حلف أحد أنه لا يأكل من هذه الشجرة، فبما أن الأكل من نفس الشجرة متعذر فإنه يصار إلى المعنى المجازي، فإن كانت الشجرة من الأشجار المثمرة، يحمل الكلام على إرادة الثمر، فإذا أكل من ثمرها حنث، وإذا أكل من نفس الشجرة لا يحنث، وإذا كانت الشجرة من الأشجار غير المثمرة يحمل الكلام على ثمر الشجرة، فإذا أكل من ثمرها من طعام حنث [3].

وإن أكل نفس الشجرة لا يحنث، فيحمل الكلام على المعنى المجازي لأن المعنى الحقيقي هنا غير مستعمل لتعذر إرادته[4].

---

(1) المرجع نفسه، ص43.

(2) المرجع نفسه، ص43.

(3) محي الدين السرحان، القواعد الفقهية، ص43.

(4) المرجع نفسه، ص43.

2 - إن المعنى الحقيقي إذا كان هو المستعمل من دون المجازي أو كان كلا المعنيين الحقيقي والمجازي مستعملاً بصورة متساوية أو أن استعمال المعنى المجازي أقل، فلا خلاف في أن المعنى الحقيقي هو الذي يراد عند الإطلاق.

3 - إذا كان استعمال اللفظ في معناه المجازي أكثر من استعماله في الحقيقي، فذهب الإمام أبي حنيفة إلى أن المعنى الحقيقي هو الذي يجب أن يراد الإطلاق، لأنه الأصل ولا يذهب إلى المعنى المجازي إلا بقرينة[1].

وذهب أبو يوسف ومحمد إلى أن المعنى المجازي هو الذي يجب أن يراد؛ لأنه هو الغالب في الاستعمال فكأن العرف جرى على إرادته.

❖ الثابت بالعرف كالثابت بالنص

وردت هذه القاعدة ضمن منطوق المادة (43) من المجلة. وهي معتمدة من قول صاحب الأشباه والنظائر لابن نجيم: «الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي»[2] ونقله أيضاً ابن عابدين في رسائله. وفي هذا المعنى جاءت المادة (45) من المجلة بالقاعدة القائلة: «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص»[3].

ومعناها: أن التخصيص بالعرف كالتخصيص بدليل شرعي كما مر في الفصل الثالث من هذه الرسالة فإذا كان العرف يخصص بعض التصرفات بشيء وجب مراعاة هذا التخصيص في المعاملات كما لو نص على هذا التخصيص عند إجراء المعاملات وإلى هذا ذهب جمهور الأصوليين حيث يروي لنا القرافي جواز تخصيص عام القرآن بالعوائد والعرف اللغوي وكل ما يفهم من المخاطبين هو الذي يحدد المراد من عموم الألفاظ العامة. يقول القرافي: (إن من له عرف وعادة في لفظ إنما يحمل لفظه على عرفه، فإن كان المتكلم هو الشرع حملنا لفظه على عرفه وخصصنا عموم لفظه (أي الشرع) في ذلك العرف إن اقتضى العرف تخصيصاً أو على المجاز وتركنا الحقيقة وبالجملة

---

(1) مصطفى الزرقا، ص576.

(2) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص99، ص105..

(3) القرافي، شرح تنقيح الفصول، ص211.

فإنَّ دلالة العرف مقدمة على دلالة اللغة). فهذا التخصيص لا يتم إلا إذا كان العرف عاماً أو قائماً عند ورود النص كما في الأمثلة السابقة.

ومن تخصيص العرف اللفظ العام أيضاً ما جاء في بدائع الصنائع: إذا قال الرجل: كل حلال على حرام، فإن لم تكن له نية فهو على الطعام والشراب خاصة استحساناً والقياس أن يحنث عقيب كلامه وهو قول زفر[1].

وقد علل كل من الطرفين لرأيه فقال زفر: «أن اللفظ خرج مخرج العموم فيتناول كل حلال فلما فرغ عن يمينه لا يخلو عن نوع حلال يوجد فيه فيحنث»[2].

وعند الإمام وصاحبه (أن هذا عام لا يمكن العمل بعمومه؛ لأنه لا يمكن حمله على مباح من فتح عينه وغمض بصره وتنفسه وغيرهما من حركاته وسكناته المباحة لأنه لا يمكنه الامتناع عنه والعامل لا يقصد بيمينه منع نفسه عما لا يمكن الامتناع عنه فلم يكن العمل بعموم اللفظ فيحمل على الخصوص وهو الطعام والشراب باعتبار العرف والعادة) [3].

ودلالة العرف هي التي تخص دلالة اللغة؛ لأن اللغة نفسها ليست إلا عرفاً متداولاً بين من يفهمها ويستخدمها، فقوله تعالى: ﴿تُدَمِّرُ كُلَّ شَيۡءِۭ بِأَمۡرِ رَبِّهَا﴾[4].

لم يقصد بها أنها تدمر السموات والأرض والجبال والمياه ولا غيرهما مما في معناها، وإنما المقصود تدمر كل شيء مرت عليه شأنها أن تؤثر فيه على الجملة[5]. وبعبارة أخرى أنها تدمر أشياء مخصوصة بينها العوائد والأعراف في ذلك قال تعالى: ﴿فَأَصۡبَحُوا لَا يُرَىٰٓ إِلَّا مَسَٰكِنُهُمۡ﴾[6].

ومن أمثلة تخصيص النص العام بالعرف قوله تعالى: ﴿وَءَاتُوا حَقَّهُۥ يَوۡمَ

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج1، ص12.
(2) الكاساني، المصدر نفسه، ج1، ص12.
(3) الكاساني، مصدر سابق، ج1، ص13.
(4) سورة الأحقاف: الآية25.
(5) الشاطبي، الموافقات، 2ج، ص11.
(6) الأحقاف: من الآية25.

حَصَادِهِ﴾، فقدر الرسول ﷺ الحق الواجب فيما سقت الأنهار والعيون العشر، وفيما يسقى بالنضح نصف العشر، وذلك عام في كل ما تخرج الأرض من زرع وما يؤتي الشجر من الثمر ولكن العرف العام جرى بأن يأكل صاحب المزرعة الثمر منه ويطعم عياله ومن الناس من قبل إخراج الزكاة فيكون هذا العرف مخصصاً لذلك العموم.

❖ العرف في السياسة الشرعية، وفي السياسات الوضعية.

هناك فروق عدة بين العرف في السياسة الشرعية، وفي السياسات الوضعية. ونبين في أدناه أهم تلك الفروق:

1 - العرف في السياسة الشرعية، ليس سوى قاعدة من القواعد الفقهية، يعمل به في نطاق خاص[1] فهو ليس أصلاً من أصول الأحكام، وإنما هو أصل من أصول الاستنباط، تجب مراعاته عند تطبيق الأحكام، وإنّ سماه بعض العلماء دليلاً، فإنّما أراد هذا المعنى[2]. أما العرف في السياسات الوضعية فهو أحد أصليّها[3]، بل هو أقدم مصدريها، وعليه قام جزء من مصدرها الثاني، وإن تفاوت نسبة هذا الجزء بين السياسات.

2 - العرف في السياسة الشرعية، يعتمد في إقراره والإلزام به على الوحي (الكتاب والسنّة) [4]، وليس على مجرد قوة رسوخه في نفوس النّاس.

أمّا العرف في السياسات الوضعية، فيعتمد في إقراره والإلزام به على سلطان العرف الناتج عن كثرة العمل به، وتكرره، ورسوخه في النفوس بحيث تعسر زحزحتها عنه، وبخاصة إذا اقتضته الحاجة، فالأعراف التي تصطلح الأمم عليها، هي فيما بعد أسيرة لها، مطبوعة على انتهاجها، ولهذا قال الفقهاء:

---

(1) احمد سير المباركي، مرجع سابق، ص 239.

(2) أحمد فهمي أبو سنّة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص41.

(3) احمد سير المباركي، مرجع سابق، ص 238.

(4) المرجع نفسه، ص238.

في نزع الناس عن عاداتهم حرج عظيم، وهذا ما يفسر معاناة الأنبياء والمصلحين لكثير من المصاعب - ولاسيما - من المُسنِّين؛ حيث تكون العادات أعمق تغلغلاً في النفوس[1]، وباختصار، فإنَّ العرف يكتسب إقراره والإلزام به من (الرأي العام).

3 - العرف في السياسة الشرعية لا يعدُّ منه إلا ما كان صحيحاً - معتبراً شرعاً - ولذلك قسَّم الفقهاء العرف إلى: صحيح وفاسد؛ ليتميز ما يُعْتَبر منه ولا يُعْتَبر[2].

أمَّا في السياسات الوضعية، فإنَّ ما كان منها راجعاً إلى العرف يعمل به، صحيحاً كان أو فاسداً؛ ولهذا لم يقسم القانونيون العرف إلى صحيح وفاسد[3]، كما فعل علماء الشريعة[4].

4 - العرف في السياسة الشرعية، منظِّم وموجِّه، ومن ثم جاء التعبير عنه في القرآن الكريم بـ (المعروف)، في أكثر من من موضع؛ من مثل قول الله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[5]؛ وقوله سبحانه: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾[6]، وقوله: ﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾[7]. أمَّا العرف في السياسات الوضعية فإنَّه منظِّم، وليس موجِّهاً، لأنَّه فقد الصفة الدينيَّة.

---

(1) أحمد فهمي أبو سنة، مرجع سابق، ص 19 - 21.
(2) أحمد سير المباركي، مرجع سابق، ص 239.
(3) أحمد سير المباركي: 239.
(4) المرجع نفسه، ص239.
(5) البقرة: الآية 233.
(6) البقرة: الآية 241.
(7) النساء: الآية 6.

الفصل الرابع
اثر العرف في القوانين الوضعية

❖ الفقه الإسلامي والعرف

يبقى الفقه الإسلامي صالحاً لكلِّ زمان ومكان. فلولا الأحكام القابلة للاجتهاد لما صحَّت هذه المقولة ! لذا أفتى الفقهاء المتأخرون - من شتى المذاهب الفقهية - في كثير من المسائل مخالفين ما أفتى به أئمة مذاهبهم، أو فقهائهم السابقين، وصرح هؤلاء المتأخرون بأن سبب اختلاف فتواهم عمن سبقهم، هو اختلاف الزمان لا غير، فهم ليسوا في الحقيقة مخالفين للسابقين من فقهاء مذاهبهم، بل لو وجد الأئمة السابقون في عصر المتأخرين، ورأوا الاختلاف في الأعراف، والطبائع، والحاجات، بل واختلاف الوسائل، لعدلوا إلى ما قاله المتأخرون[1].

لقد كان الأحناف أكثر المذاهب توسعاً في الأخذ بالعرف، فوضعوا العديد من القواعد المستنبطة من فروعهم، والدَّالة على اعتبار العرف في الأحكام فيما لا نصَّ ولا إجماع فيه، ونذكر جملة من هذه القواعد[2]:

1 - «العادة محكَّمة».

2 - «الحقيقة تترك بدلالة العادة».

---

(1) ابن عابدين، مجموعة الرسائل، رسالة «نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف»، ج2، ص31.

(2) محمود عبد المجيد مغربي، الوجيز في تاريخ القوانين، المؤسسة الجامعية للدراسات، (بيروت، 1993م)، ص345.

3 - «استعمال الناس حجة يجب العمل بها».

4 - «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً».

5 - «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص».

6 - «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان».

7 - «العادة تجعل حكماً إذا لم يوجد التصريح بخلافه».

8 - «العادة معتبرة في تقييد مطلق الكلام».

9 - «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم».

10 - «الثابت بالعرف كالثابت بالنص».

ويقول ابن عابدين في رسالته عن العرف: «على أن المفتي ليس له الجمود على المنقول في كتب ظاهر الرواية من غير مراعاة الزمان وأهله، وألا يضيِّع حقوقاً كثيرةً، ويكون ضرره أعظم من نفعه»[1].

لذا فقد خالف المتأخرون الإمام وصاحبيه في مسائل عديدة، استناداً لتغير الأحوال، منها: قولهم بجواز أخذ الأجرة عن: تعليم القرآن، والآذان، والإمامة.. خلافا لما قال به الإمام وصاحبيه.

ومنها: أن أبا حنيفة، اكتفى في الشهود بالعدالة الظاهرة فيما عدا: الحدود، والقصاص، ولم ير تزكيتهم، استنادا لقول الرسولﷺ: ﴿المسلمون عدول بعضهم على البعض﴾، وكان هذا الاجتهاد مناسبا لزمان الإمام، لغلبة الخير فيه، فلما كان زمان أبي يوسف، ومحمد، وفشا فيه الكذب، كان الأخذ بظاهر العدالة فيه مفسدة، وضياع الحقوق، فدعا فساد الزمان إلى قولهما بتزكية جميع الشهود، درءً لهذه المفسدة! ولذا قال الفقهاء عن هذا الخلاف: إنه اختلاف عصر وزمان، وأفتوا بقول الصاحبين[2].

---

(1) ابن عابدين، مجموعة الرسائل، ج2، ص 31.

(2) احمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، مطبعة الأزهر، (القاهرة، 1941م)، ص88.

إن الصلة بين العرف والقانون إما أن تقوم على التوافق والتقارب أو على التعرض والاختلاف. ويتوافق العرف والقانون في حالتين: الأولى حين يستمد فيها العرف قواعده من العرف، والثانية التي يكمل العرف فيها أحكام القانون.

❖ العرف مصدر من مصادر القانون

لقد كانت أهمية العرف كمصدر من مصادر القانون في القديم كبيرة، وهو أول مصدر رسمي للقانون ظهر في تاريخ المجتمع البشري. ففي المجتمعات الإنسانية الأولى، كان المصدر الوحيد الذي توحي به الفطرة في مجتمع بدائي، حيث تسيطر التقاليد، ولا توجد من الضرورات الاجتماعية ما تدعوا السلطة الحاكمة إلى التدخل لفرض قواعد قانونية. وقد كان يقترن في أحيان كثيرة بشعور ديني يزيد في مهابته، ويفرض عليه قدسية تجعله أعمق أثرا في حياة الأفراد والجماعات. حيث كانت كثير من القواعد القانونية إلهية أول الأمر ثم استحالت إلى عرف ممتزج بنزعة دينية ثم تطورت إلى عرف قانوني[1].

وحين تقدمت المدنية، وتعقدت الحاجات في الجماعة، وضعف سلطان التقاليد تدخلها في مختلف شؤون النشاط في الجماعة إلى القواعد التي تنظم الحياة فيها وظهرت إلى جانبه مصادر أخرى: كالدين، والقانون الطبيعي، والتشريع. وهذا هو الحال في معظم الشرائع القديمة. فمن الشرائع التي استحال فيها العرف إلى قانون مكتوب الشريعة الرومانية حيث بدأ القانون الروماني مجموعة من القواعد العرفية. وبعد أن تقدمت المدنية الرومانية جمعت هذه القواعد في الألواح ألاثني عشر، التي حوت أساس ما صار يسمى بالقانون المدني الروماني. وفي العراق القديم نستطيع أن نعد قوانين حمورابي تدوينا للعرف الذي كان سائدا بين سكان ما بين الرافدين القدماء[2].

إنّ العرف يرمي إلى حفظ كيان الجماعة كلها في وحدة واحدة هي المجتمع ولأنه انبثق من ثقافة الناس الشعبية فقد ظل يساهم في سعادة

---

(1) عبد الرحمن البزاز، مبادئ أصول القانون، مطبعة العاني، (بغداد، 1958م)، ص132.

(2) عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد مع بيت دار الحكمة، (بغداد، د. ت)، ص126 – 127.

المجتمع واستقراره، فهو يتوافق مع القانون أحياناً، كونه أحد مصادر القانون ذاته، وبهذا «يعتبر العرف عاملاً من عوامل تقدم القانون وتطوره، وليس فقط بالنسبة إلى تقرير قواعد ونظم جديدة بل أيضاً بالنسبة إلى إبطال نظم قديمة بطريقة عدم الاستعمال»[1].

وهناك ثلاث وسائل رئيسة يؤدي من خلالها العرف دوراً مهماً في القوانين منها الاعتراف بالعرف المحلي وإعطاؤه قوة الالتزام، بالإضافة إلى اعتبار أن العرف المقبول عقلاً هو العرف الصالح، كذلك إعطاء ميزة القدم والثبات في القضاء الشعبي[2]، وبذلك يكون العرف عاملاً مؤثراً في اتخاذ أغلب التشريعات القانونية.

وعلى الرغم من أن بعض الدول لا تأخذ بالعرف كمصدر للقانون، بل تؤكد على قواعد القانون الطبيعي ومبادئ العدالة إلا أن «العرف يقوم بدور رئيسي في جميع القوانين، فالمشرع والقاضي والفقيه يتأثرون بعلم أو بغير علم بأعراف المجتمع حين يقومون بتقرير القاعدة القانونية أو تطبيقها»[3].

إن أحكام القواعد القانونية العرفية لم تكن مدونة ومنشورة بين الناس، وكان يحتكر معرفتها وسلطة تفسيرها وتطبيقها أفراد من الطبقات العليا في المجتمع، كطبقة الأشراف الذين منهم الحكام، فلذلك سعى الناس إلى تقنينها ونشرها[4].

وكما بينا في الفصول السابقة، فان العرف لكي يكون مصدراً من مصادر القانون، لابد من أن تتوافر فيه عدة شروط، وهي: أن يكون عاماً، وان يكون قديماً، وان يكون ثابتاً، وان يكون ملزماً، وان لا يكون مخالفاً للقانون ولا للآداب العامة والنظام العام. ويمكن رد هذه الشروط إلى ركنين: ركن مادي

---

(1) عبد المجيد الحفناوي، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية (القاهرة، 1972)، ص250.

(2) دينيس لويد، فكرة القانون، تعريب سليم الصويص، سلسلة عالم المعرفة74، (الكويت، 1981م)، ص293

(3) عبد السلام الترمانيني، القانون المقارن والناهج القانونية الكبرى المعاصرة، جامعة الكويت، (الكويت، 1980)، ص117..

(4) هاشم الحافظ، مرجع سابق، ص 39.

يتكون منصفات العموم والقدم والثبات، وركن معنوي هو الإلزام [1].

إن أهمية العرف في الوقت الحاضر قد حلت إلى حد كبير في القانون الداخلي الحديث وعلى وجه الخصوص في القانون الخاص. ولكن العرف لا يزال يحتل مكاناً مرموقاً في بعض فروع القانون العام وخاصة القانون الدولي. لأن هذا القانون لا يزال في طور التكوين وما زالت اغلب قواعده ناجمة من العادات التي سارت الدول على نهجها. كما نجد في القانون الدستوري أن العرف لم يزل يشغل مكانة سامية في بعض الدول. حيث لازال للعلاف في انكلترا وفي البلاد التي تنتهج نهجها أهمية كبيرة [2].

إن البحث في أساس القوة الملزمة للعرف لم يثر إلا حديثاً. إي بعد ظهور الدولة الحديثة التي أصبح فيها القانون المكتوب هو المصدر الرئيسي للقاعدة القانونية. لأنه لما كان العرف هو المصدر الوحيد أو الغالب للقاعدة القانونية فقد كان الناس يستمد أساس قوته الملزمة من نفس العوامل التي يتأسس عليها وجود القانون الوضعي. ولما بدأ القانون المكتوب، وليد إرادة الدولة يطغي على القاعدة المنبعثة من ذات الجماعة، وينتزع منها تدريجياً المواد التي تنظمها بدأت الحاجة إلى دعم أساس القوة الملزمة للقاعدة العرفية حتى تحتفظ بما يبقي لها من سلطان لتنظيم ما أغفلت تنظيمه القاعدة المكتوبة من علاقات أو تبقى كمصدر ثانوي إلى جانبها[3].

وهكذا نرى أن اثر العرف واضح بمجرد أن تكتمل شروطه حيث تتولد عنه قاعدة قانونية ملزمة. ويستطيع العرف أن ينشئ قواعد قانونية متعلقة بجميع فروع القانون العام والخاص مع استثناء القانون الجنائي إذ إن القاعدة فيه لا جريمة ولا عقوبة بدون نص والعرف قانون غير مسنون[4].

(1) علي محمد بدير، وآخرون، مبادئ وأحكام القانون الإداري، جامعة بغداد، (بغداد، 1993ن)، ص48.

(2) عبد الباقي البكري وزهير البشير، مرجع سابق، ص128.

(3) محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، (القاهرة، 1964م)، ص301

(4) عبد الباقي البكري وزهير البشير، مرجع سابق، ص134.

وقد ذهبت بعض القوانين المدنية المدونة في عدد من الدول المعاصرة إلى رفض اعتبار العرف مصدرا من مصادر القانون وذلك باعتباره يتعارض مع وحدة التشريع التي تهدف إليه المدونة القانونية. ومع أن القانون العرفي البريطاني رفض العادة العامة إلا انه ما يزال يخلي مجالاً محدوداً جداً لإعمال العرف وعلى العرف أن ينجح بالاختبار، ويتخطى العديد من الصعوبات القانونية حتى يعترف له بصفة قانونية فاعلة، ومن جملة هذه العقبات أن يبرهن على أن جذوره تمتد في القدم، وتلجأ المحاكم إلى شرح المسالة ببساطة فتقول: إن العرف المقبول عقلاً هو العرف الصالح.

إن القانون العرفي الحقيقي ذا النمط القديم يكون ملزماً بحكم ذاته أو من تلقاء نفسه ومستقلاً كلياً عن القبول أو الإقرار القانوني به، وانه يكون عاملا حتى في ظل غياب نظام قضائي. ولكن الحقيقة هي أن القانون البريطاني الحديث يعطي المحكمة سلطة إعلان يكون عرفاً ما مقبولاً أو مرفوضاً. وهذا يبين بوضوح أن العرف ليس مصدراً ثانوياً للقانون فحسب بل هو أيضاً ومهما كانت النظرية بشأنه يستمد سلطته وقانونيته من المحاكم، وليس من تلقاء نفسه. وما لم تضع المحكمة خاتمها على صحته فانه يعتبر معدوماً[1].

ولكن لما كان علم القاضي بالعرف، لا يمكن أن يكون من حيث الدقة والشمول بقدر علمه بالنص المشرع، لكون أكثره محلي، لذا لا يمكن افتراض علم القاضي به كافتراض علمه بالقانون. إلا أن القاضي إذا كان على دراية بالعرف فطبقه حتى ولو لم يبين الطريقة التي علم بها بالعرف، ولو كان تطبيقه له دون تمسك الخصوم به، فانه في هذا لا يحل محل الأفراد، ولا يكون دوره كدور الشاهد، بل يكون علمه هذا في نطاق مهام وظيفته في تطبيق القانون مكتوبا، أو غير مكتوب. أما إذا كانت القاعدة العرفية لم ترسخ بعد، فان من مصلحة الخصم إعانة القاضي في إثباتها لان للقاضي إذا لم يتيسر له العلم بوجودها، قضى بعدم وجودها، ويظل للقاضي في حالة أثباتها من قبل الخصم حرية تقدير وجودها، وتفسيرها ولا يخضع في تقديره لرقابة محكمة التمييز، أما إذا كان القاضي يجهل العرف، وطلب من

(1) دينيس لويد، مرجع سابق، ص293.

المتمسك به إثباته فليس من شأن هذا أن يجعل العرف بمنزلة الواقعة التي تحتاج إلى إثبات[1].

سنتناول في بحثنا بهذا الفصل دراسة اثر العرف في القوانين الوضعية على وفق تطوره التاريخي للفترة التي أعقبت فترة الازدهار الفقهي، حيث توقفت حركة الاجتهاد، واتسع نطاق التقليد، حتى انه كان هناك من يحاول أن يغلق باب الاجتهاد. وقد كان من أسباب ذلك غياب السلطة المركزية في الدولة الإسلامية وانقسامها إلى دويلات وإمارات بعد اختلال بغداد وانهيار دولة الخلافة فيها. ولقد أدى الركود الفقهي إلى انتشار طريقة الشرح على المتون. ولم يخل هذا العصر من المزايا المهمة ومن ذلك النشاط حركة تدوين الفتاوى[2]. وستكون الدراسة على وفق المباحث الآتية:

المبحث الأول: اثر العرف في التنظيمات القانونية العثمانية.

المبحث الثاني: اثر العرف في القوانين الوضعية.

المبحث الثالث: اثر العرف في القوانين العربية المعاصرة.

---

(1) آدم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، الدار العربية للطباعة والنشر، (بغداد، 1976م)ص33.

(2) هاشم الحافظ، مرجع سابق، ص221.

المبحث الأول

اثر العرف في التنظيمات القانونية العثمانية

يمتد عمر الدولة العثمانية للأحقاب (680 - 1342هـ/ 1281 - 1924م) اي (643) سنة، استولت في خلالها على معظم الأقطار العربية ولم يخرج عن حكمها إلا بلاد المغرب وأواسط الجزيرة العربية وبذلك ساد النظام القانوني للدولة العثمانية في هذه الأقطار العربية، وقد مر النظام القانوني في الدولة العثمانية في مرحلتين: الأولى: مرحلة القانون الإسلامي الصرف. والثانية: مرحلة الاقتباس من القوانين الأوربية [1].

أولاً: مرحلة القانون الإسلامي الصرف

كان النظام القانوني للدولة العثمانية منذ نشوئها وخلال فترة طويلة من تاريخها امتدادا للنظام القانوني في الخلافة العربية الإسلامية. فلم يكن ثمة تدوين رسمي للقانون. وكان القضاء يستند على فقه المذاهب المختلفة. إلا أن العثمانيين وهم من أتباع المذهب الحنفي كانوا يعينون شيخ الإسلام - وهو بمثابة وزير العدل - من الأحناف. وكان شيخ الإسلام يصدر الفتاوى من فقه المذهب الذي ينتمي إليه، إلى أن أعلن السلطان سليمان الأول المذهب الحنفي مذهبا رسميا فأصبح هذا المذهب ملزما للقضاة والمفتين في جميع أرجاء الدولة[2].

إن نظام تنسيق القوانين كان من الفعاليات المرتبطة إلى حد بعيد بالمواريث الرومانية - البيزنطية. وكان السلطان محمد الفاتح أول حاكم عثماني يحاول إدخال النظام وتجميع القوانين وتنسيقها في مختلف الأنظمة القانونية والاجتماعية في الأراضي المفتوحة وفي كل جهات الإمبراطورية، مدخلا ممارسات معينة من النماذج العامة للدولة والمجتمع. وبتوسيع إمبراطوريته ذات الطابع المركزي فانه كان يعدل كل ما يعارض نزعته

(1) هاشم الحافظ، مرجع سابق، ص223.

(2) المرجع نفسه، ص224.

للسيطرة ومن ثم يضع القوانين استناداً على نتائج ضمن سلسلة من ثلاثة قوانين (قانون امة) صدر الأول للفترة 1453 - 1456م وتضمن منزلة والتزام رعاياه وصدر الثاني في فترة متأخرة من حكمه 1477 - 1478 وتضمن تنظيم الدولة العثمانية والطبقة الحاكمة وصدر الثالث في أواخر سنين حكمه تضمن التنظيمات الاقتصادية وامتلاك الأراضي والضرائب. وهكذا فقد جمعت ونظمت القوانين والممارسات والتقاليد التي تطورت خلال القرون الماضية ولكن الدولة العثمانية ستشهد الذروة في عمليات التصنيف القانوني لنظام الحكم في مختلف الميادين والمؤسسات والأجهزة وبعد نصف قرن من تنظيمات محمد الفاتح إذ جاءت متبلورة للمرة الثانية على يد السلطان سليمان القانوني 1520 - 1566[1].

ثانياً: مرحلة الاقتباس من القوانين الغربية

لقد أقدمت الدولة العثمانية مدفوعة بضغط الدول الغربية عليها وبتقدير منها لما جَدَّ في المجتمع من تطور بتأثير مستحدثات المدنية الغربية على إصدار طائفة من القوانين. ومن أهم تلك التشريعات ما يأتي:

1 - قانون الأراضي:

الذي صدر سنة (1275هـ/1858م) وهو تشريع ينظم الملكيات الخاضعة للحكم العثماني، ويرتكز بالأساس على الشريعة الإسلامية، وقد طبق على جميع البلاد العربية التي كانت خاضعة للقوانين العثمانية.

2 - قانون التجارة البرية:

العثماني الصادر سنة (1267هـ/1850 م). وقد نقل هذا القانون عن قانون التجارة الفرنسي.

3 - قانون التجارة البحرية:

العثماني الصادر سنة (1280هـ/1863م)، وقد اقتبس هذا القانون

(1) سيار الجميل، تكوين العرب الحديث، جامعة الموصل، دار الكتب للطباعة والنشر، (الموصل، 1991م)، ص48.

من القانون الفرنسي مع بعض الاقتباسات عن القانون الهولندي والقانون البرتغالي.

4 - قانون أصول المحاكمات:

في المسائل المدنية والتجارية الصادر سنة (1298هـ/1880م) اقتبس عن القانون الفرنسي.

5 - قانون العقوبات العثماني:

الصادر سنة (1256هـ/1840م)، وقد اقتبس المشرع العثماني في القانون الكثير من نصوص قانون العقوبات الفرنسي الصادر سنة (1225 هـ/1810م).

ويلاحظ أن جميع هذه القوانين، عدا القانون الخاص بالأراضي لم ترتكز على أحكام الشريعة الإسلامية، وإنما استمدت أحكامها من شرائع الغرب وبالأخص من القانون الفرنسي[1].

ولم يقف الأمر عند هذا الحد. بل أقدمت الدولة العثمانية حرصا منها على الإبقاء على الشريعة الإسلامية كمصدر أوحد للقانون المدني ورغبة منها في تقننين الأحكام الفقهية المتعلقة بالمعاملات المالية على وضع مجلة الأحكام العدلية. فأصبحت الشريعة الإسلامية منذ إصدارها مصدرا للقواعد القانونية التي تحكم المعاملات.

❖ مجلة الأحكام العدلية

كانت أحكام الفقه الإسلامي في الواقع منشورة في الكتب الفقهية في كل مذهب من المذاهب الاجتهادية. كما كانت أحكام كثيرة غير موجودة في مكانها الطبيعي. ولكون كل مذهب لا يخلو من آراء وأقوال مختلفة في القضية الواحدة لاختلاف الروايات. لذلك كان البحث عن نصوص الأحكام الفقهية في تلك المؤلفات والكتب مسألة شاقة وتحتاج إلى قدرة علمية فائقة ومرونة فقهية قد تصعب على الكثيرين.

---

(1) محمود عبد المجيد مغربي، مرجع سابق، ص396 - 397.

وعندما بدأ بتأسيس المحاكم النظامية في الدولة العثمانية. وأصبح يعود إليها اختصاص النظر في أنواع من الدعاوى كانت ترجع قبل ذلك إلى المحاكم الشرعية، ودعت الحاجة إلى تيسير مراجعة الأحكام الفقهية على الحكام المدنيين لمعرفة النصوص المعمول بها. لذلك كله صدرت إرادة سلطانية بتأليف لجنة لوضع مجموعة الأحكام والنصوص الشرعية والقانونية التي هي أكثر من غيرها علاقة بالحوادث.

استمر الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية، ولكن بإعادة صياغة هذه الأحكام بشكل أكثر حداثة وتنظيما. واهم القوانين التي استمدت أحكامها من الشريعة الإسلامية وقننت وفق أسلوب حديث هي مجلة الأحكام العدلية التي تعتبر أول قانون مدني إسلامي، لأنها قامت على أساس تقنين رسمي للفقه الإسلامي، وذلك خلال عهد الإمبراطورية العثمانية حينما صدرت رسمياً بمرسوم السلطان العثماني عبد العزيز بن محمود الثاني في عام (1286هـ/1869م)، وتوطد نفاذها في (عام 1293هـ/1876م) في عهد السلطان العثماني عبد الحميد الثاني لتطبق أحكامها إلزامياً في محاكم جميع الأقاليم الإسلامية الخاضعة لها، حيث احتوت المجلة بين دفتيها مواد بلغت (1851) مادة قانونية تضمنت أحكاماً شرعية لمختلف المعاملات المدنية مثل: البيع والإيجار والكفالة والوكالة، وغيره بشكل محكم نظم المسائل الفقهية المبددة والمتناثرة، فأصبحت هذه المجلة تجسد عملا تشريعيا عظيما سد فراغاً كبيراً في القضاء والمعاملات الشرعية يثبت عظمة وهيبة الفقه الإسلامي في مواجهته للقوانين الغربية وتفوقه عليها، وفي إثبات مرونته لاحتواء مقتضيات العصر فجسدت بذلك المجلة انتصاراً للفقه الإسلامي وتجديداً له، وكانت من أعظم مآثر الدولة العثمانية لما لها - مجلة الأحكام العدلية - من شأن في إبراز عصري للقواعد الشرعية العامة التي تُأصل على أساسها باقي القوانين وما يتبع ذلك من توحيد للأحكام القضائية وبالتالي إحكام وتوثيق الوحدة السياسية والاجتماعية للمسلمين بكافة شرائحهم وطوائفهم. وكان من البواعث على تأليف مجلة الأحكام العدلية ما يلي:

1 - اتساع المعاملات التجارية وازدياد الاتصالات بالعالم الخارجي.

2 - وجود قضاة في المحاكم النظامية ومجالس تمييز الحقوق لا

اطلاع لهم على علم الفقه وأحكامه، فكان تقنين الأحكام ليسهل عليهم الاطلاع عليها.

وقد عُني الفقهاء والباحثون بالمجلة وشرحوها، كما كان الفقهاء القدامى يشرحون المتون الشرعية، متبعين في شروحهم ترتيب المجلة لا الترتيب الفقهي.

وتختلف المجلة على عن القوانين الحديثة في أن موادها لا تكتفي بذكر الأحكام القانونية، بل تتعداها إلى ذكر الأمثلة وبعض التفصيلات. وأحكام المجلة مستمدة من أرجح الآراء في الفقه الحنفي، مع اختيار الرأي الذي يناسب متطلبات العصر وقد اخذ في بعض المسائل برأي الفقهاء المتأخرين من ذلك المذهب[1].

وتشمل المجلة على أحكام المعاملات وبعض أحكام الغصب والإتلاف وهي لا تتضمن نظرية عامة في الالتزام إلا أن بعض القواعد الأساسية للعقد مذكورة في الأبواب المخصصة للعقود المختلفة[2].

(1) هاشم الحافظ، مرجع سابق، ص225.

(2) المرجع نفسه، ص225

المبحث الثاني

اثر العرف في القوانين الوضعية

عدَّ الفقه الإسلامي العرف مصدراً مهماً من مصادر القانون، وأسبغ عليه صفة الإلزام، متى ما توافرت فيه بعض الشروط الأساسية. وهكذا نرى أن اثر العرف واضح بمجرد أن تكتمل شروطه. ويستطيع العرف أن ينشئ قواعد قانونية متعلقة بجميع فروع القانون العام منه والخاص، مع استثناء القانون الجنائي إذ أن القاعدة فيه أن لا جريمة ولا عقوبة بدون نص، والعرف قانون غير مسنون.

كان العرف من أقدم مصادر القانون في الجماعات القديمة، وكان الطريق الذي يلائمها في أول مراحل تقدمها. ولكن تقدم للجماعات وتعقد العلاقات بين الأفراد اظهر عجز العرف عن مسايرة التطور، وهو ما جعل التشريع يحتل مكانة عملية بين مصادر القانون.

وسنتولى دراسة أثر العرف في القوانين الوضعية، ودوره في كل فرع من فروع القانون العام والخاص. فسندرس أثره في القانون الدستوري، والقانون الدولي العام، والقانون التجاري، والقانون المدني.

أولاً: العرف في القانون الدستوري:

تتفاوت أهمية العرف في القانون الدستوري باختلاف الدول فتتضاءل أهميته في الدول ذوات الدساتير المكتوبة سواء أكان الدستور مجموعة من النصوص يضمها قانون واحد أم كانت موزعة على قوانين متفرقة، وتتعاظم أهميته إذا كان الدستور غير مكتوب، لأن العرف يعتبر المصدر الرئيس لقواعده بحيث يصح وصفه بأنه دستور عرفي وإن جاز أن تنهض إلى جانب الأعراف الدستورية تشريعات تضاف إليه كالدستور الإنكليزي.

ورغم وجود الدستور المكتوب في دولة ما فقد تنشأ مجموعة من الأعراف الدستورية فيها تتناول بالحكم أموراً لم تعالجها النصوص وتكون لها قوة الالتزام لا تقل شأناً عن قوة النصوص الملزمة، ومن الأمثلة على هذه

الأعراف، العرف الذي قضى في ظل دستور سنة 1923 المصري بحق السلطة التنفيذية في إصدار لوائح الضبط رغم أن النصوص الدستورية لم تخولها هذا الحق[1].

وقد تنفذ الأعراف الدستورية إلى دائرة الدستور المدون فتصاغ في نصوص تعدل في قواعده، أو تضيف إليه أحكاماً جديدة، غير أن ذلك يتأثر بمدى جمود الدستور المكتوب؛ لأن من الدساتير المكتوبة ما يكون بالغ الجمود بحيث يستعصي على التعديل تغييراً أو إضافة، ومنها ما يكون أقل جموداً فتسمح نصوصه بتبديله في صورة إضافة حكم لا تغيير حكم منصوص عليه عن طريق الأخذ بالأعراف المستقرة في دول دستورية أخرى ومن هذه الدساتير، القانون الأساسي العراقي أي دستور سنة 1925[2]. فقد أجاز الأخذ بالأعراف الدستورية التي لم يرد نص فيه بشأنها، ولا يوجد نص فيه يمنع الأخذ بها، وكانت متبعة في الدول الدستورية على أن يقرر مجلس الأمة في جلسة مشتركة تضم أعضاء مجلسي النواب والأعيان هذه الإضافة بأغلبية بسيطة، وقد يكون الدستور المكتوب مرناً للعرف الدستوري ومجال النفاذ إليه ممكنا لسد نقائصه وتغيير أحكامه بإجراء تعديلات تخلو من التعقيد[3].

إن جمود الدستور المدون قد لا يحول دون قيام العرف الدستوري ليمارس دوره كمصدر رسمي للقواعد الدستورية. وإن كان دوراً غير مرموق وإن جمود الدستور قد لا يمنع تعديل أحكامه عن طريق الأخذ بالأعراف الدستورية إذا سمحت النصوص بذلك وفق شروط حددتها.

ويتبين لنا من التطور التاريخي أن القاعدة العامة في الدساتير كانت - حتى أوائل القرن الثامن عشر - ترد القانون الدستوري في أغلبه، وفي

---

(1) عبد الحميد متولي، الوسيط في القانون الدستوري، دار الطالب لنشر الثقافة الجامعية، (القاهرة، 1965م)، ص185.

(2) فوزية دياب، القيم والعادات الاجتماعية، دار النهضة العربية، (بيروت، 1980م)، ص218.

(3) المرجع نفسه، ص219.

كل الدول إلى العرف. لأنه متى تكونت الدولة - وهي تتكون ببطء تحت تأثير جملة عوامل اجتماعية وسياسية واقتصادية وفلسفية - كان حتماً أن ينشأ وأن يتطور- ببطء كذلك - هيكل قانوني يحدد الإطار السياسي لهذه الدولة وينظم شكل الحكم وطريقة ممارسة السلطة العامة فيها. ويقوم هذا الإطار القانوني في بدايته على ما استقر في حياة الناس وما درج عليه العرف والعادة المتكررة والسوابق التقليدية التي تنبع من واقع الحياة السياسية نفسها[1].

❖ أنواع العرف الدستوري:

1 - العرف المفسر:

وهو العرف الذي يتحدد أثره في تفسير نص غامض وإيضاح معنى مبهم فيه. والفقه يجمع على مشروعيته، وعلى انه لا ينشى قاعدة قانونية جديدة وان يلحق بالنص الذي يفسره ويعدّ جزءاً مكملا له فتكون له قوته القانونية. ويقرر الفقه أن العرف السابق على صدور الدستور يؤخذ به على انه وسيلة من وسائل تفسير نصوصه، وذلك أمر بديهي، ما لم ينص هذا الدستور الجديد صراحة على ما ينقضه [2].

2 - العرف المكمل:

والعرف المكمل هو ما ينصرف أثره إلى تنظيم موضوعات ومسائل دستورية لم ينظمها النص الدستوري. فكأنه يخالف العرف التفسيري من ناحيتين **الأولى:** انه لا يستند إلى نص في الدستور وإنما يولد لتكملة نقص في نصوصه.

الثانية: انه ينشىء قواعد قانونية جديدة لتنظيم ما أغفلته هذه النصوص.

ويتفق اغلب الفقهاء على شرعية العرف المكمل، وعلى أن له القوة القانونية التي للنصوص الدستورية، تأسيساً على انه يقوم إلى حد ما على

(1) دينس لويد، مرجع سابق، ص294 - 295.

(2) عبد الحميد متولي، مرجع سابق، ص15.

اعتبار انه يفسر الدستور. أي على أساس الاعتقاد بأن الدستور وان لم ينص عليه صراحة فأنه يبيحه ضمنا [1].

ثانياً: العرف في القانون الدولي العام:

إن القانون الدولي المعاصر، يستند إلى أعراف نشأت، وتطورت تدريجياً، وسادت بين الدول المتمدنة بما في ذلك القاعدة العرفية العامة، القائلة بأنَّ المعاهدات، يجب أن تعتبر ملزمة قانونيا. من هنا فان القانون الدولي، هو شكل من أشكال القانون العرفي. وهو كأشكال القانون العرفي القديمة، يفتقر إلى التجديد أي تحديد الوسائل التي بواسطتها تتحول الممارسات، والعادات إلى أعراف ملزمة قانوناً[2].

ويعدّ العرف من أهم مصادر القانون الدولي العام، لافتقاد هذا القانون إلى تشريع أعلى تسنه سلطة تكفل احترامه بما تملكه من وسائل الإكراه المادي. فالمجتمع الدولي يفتقد وجود سلطة تشريعية دولية تعلو الدول مقاماً، وتلزمها بإتباع ما تسنه، وإذا كان شأن العرف كمصدر للقانون الداخلي قد تضاءل بسبب تعاظم أهمية التشريع، فقد حافظ على منزلته كمصدر للقانون الدولي العام منذ نشوئه؛ ذلك لأن هذا القانون قام على أكتاف مبادئ العدل، والأنصاف، وقواعد العرف. قبل أن تصبح المعاهدات والمصادر الأخرى من دعاماته، وأهمية العرف كمصدر رسمي للقانون الدولي العام يؤكده كل من نص المادة السابعة من اتفاقية لاهاي سنة1970 الخاصة بإنشاء محكمة الغنائم الدولية [3].

والمادة الثانية والثلاثين من كل من النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية الدائمة سنة 1920 والنظام الأساس لمحكمة العدل الدولية سنة 1945، وأحكام القضاء الدولي، وفقهاء القانون الدولي العام، والسوابق الدبلوماسية. فقد ورد في الفقرة الأولى من المادة (38) من النظام الأساس

(1) المرجع نفسه، ص117

(2) دينس لويد، مرجع سابق، 297.

(3) حسن الجلبي، الوجيز في القانون الدولي العام، مطبعة العاني، (بغداد، 1969م)، ص51.

لمحكمة العدل الدولية على أن المحكمة تطبق في المنازعات التي ترفع إليها وفقاً لأحكام القانون الدولي ما يأتي حسب تسلسل الأهمية:

1 - الاتفاقات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترفاً بها صراحة من جانب الدول المتنازعة.

2 - العادات الدولية المعتبرة بمثابة قانون دل عليه توافر الاستعمال.

3 - مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتمدنة.

4 - أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام على اعتبارهما مصدرين احتياطيين لقواعد القانون[1].

يتضح من هذا النص أن مصادر القانون الدولي العام على نوعين:

أولهما: المصادر الأصلية وهي الاتفاقات الدولية والعادات الدولية ومبادئ القانون العام التي أقرتها الأمم المتمدنة، ومبادئ العدل والإنصاف على أن يتم الرجوع إليها بموافقة الأطراف.

وثانيهما: المصادر الاحتياطية وهما أحكام القضاء الدولي وآراء فقهاء القانون العام في مختلف الأمم كما يتضح منه أن العرف الدولي يحتل منزلة سامية بين المصادر الأصلية وأنه يلي الاتفاقات الدولية مرتبة[2].

ثالثاً: العرف والقانون الإداري:

ويقصد به مجموعة القواعد التي درجت الإدارة على إتباعها فيما يتعلق بمجال معين من نشاطها بحيث تصبح هذه القواعد بمثابة القواعد القانونية المكتوبة من حيث إلزامها ووجوب الخضوع لها[3].

لذلك يعدُّ العرف من المصادر الرسمية للقواعد الإدارية ويمارس دوراً عاماً في نطاق هذا القانون، وذلك لسببين:

---

(1) حسن الجلبي، مرجع سابق، ص52.

(2) سليمان مرقس، مرجع سابق، ص307.

(3) مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الدار الجامعية (بيروت، د. ت)، ص48 - 49.

أولهما: حداثة نشأته وعدم إكمال نموه، فهو قانون حديث النشأة، ينسب الفض في خلق مبادئه إلى جهود مجلس الدولة الفرنسي خلال القرن التاسع عشر وهو قانون لم يكتمل كيانه بعد فقد نما بفضل القضاء الإداري وفقهاء القانون العام، غير أن كثيراً من مبادئه مازالت تفتقد الوضوح والتحديد والثبات كما أن نطاقه ما زال قاصراً عن الإحاطة بضبط حركة السلطة التنفيذية[1].

وثانيهما: إنه قانون غير مقنن لا يهيمن التشريع في نطاقه ويعتبر القضاء المصدر الرسمي الرئيس لقواعده على نحو يبرر وصفه بأنَّه قانون قضائي وإذا كان القول لا ريب فيه في الدول التي ينهض فيها قضاء إداري مستقل عن القضاء العادي فإنه يصدق كذلك إلى حد بعيد في الدول ذات النظام القضائي الموحد لأن التشريع وإن أخذ يتكفل فيها بحكم جوانب من النشاط الإداري إلا أنه لا يمارس دور المنشئ للقواعد الإدارية، وإنما دور الصائغ للنظريات التي أقرها القضاء وطنياً كان، أم أجنبياً وسواء كانت من خلقه، أو من صنع الفقه في نصوص تشريعية[2].

وقد ترتب على عدم كمال القانون الإداري لحداثة نشأته، وعلى عدم إحاطة النصوص التشريعية بتنظيم روابطه، وعلى طبيعة دور القضاء في نطاقه، الذي يتبين بأنه قضاء إنشائي، يبتدع الحلول المناسبة للعلاقات القانونية، أكثر منه قضاءً تطبيقياً، يقتصر على تطبيق القواعد القانونية. إن بروز دور العرف في نطاق هذا القانون ناتج بسبب أن أهمية العرف تبرز حيثما يفتقد النص، ولأن ما تجري عليه الإدارة في تعاملها بصورة مطردة ثابتة، وتلتزم به يعدّ عرفاً إدارياً، تستكمل به نقائص التشريع؛ لأن القضاء جرى على اعتبار العرف الإداري الذي استقر عليه العمل قاعدة تنظيمية مقررة ينبغي تطبيقها، وتعدّ مخالفتها مخالفة قانونية ذلك؛ لأن المخالفة القانونية ليست مقصورة على مخالفة نص في قانون، أو لائحة بل هي تشمل كل قاعدة جرت عليها الإدارة، والتزاماتها واتخذتها منهجاً لها [3].

(1) شاب توما منصور، القانون الإداري، (القاهرة، 1964)، ص49.

(2) شاب توما منصور، مرجع سابق، ص49..

(3) المرجع نفسه، ص145.

ولكن تجب الملاحظة أن قيام العرف الإداري، والتزام الإدارة به مدة من الزمن، لا يعني أن تكون هذه القواعد مؤبدة، لا يمكن تغيرها، أو تعديلها، او إلغاؤها، وإنما يجوز أن تعدل تلك القواعد بالقواعد التشريعية، أو اللائحية لان النصوص المكتوبة تعتبر في مرتبة أعلى من مرتبة القواعد العرفية، كما يجوز للإدارة نفسها أن تعدل القواعد العرفية القائمة التي تريد تعديلها، أو تغييرها على حالات معينة بنية السير في الاتجاه الجديد، الذي تريد تقريره إذا كان عملها مشروعا لا غبار عليه. أما إذا ثبت أن الإدارة قد رفضت تطبيق العرف القائم فعلاً على حالات، وقررته على حالات أخرى فان تصرفها هذا يكشف عن نية الإدارة في أنها لم تقصد في الحقيقة تغيير تلك القاعدة العرفية بقاعدة جديدة، أو العدول عنها. وتعتبر الإدارة والحالة هذه أنها قد خالفت العرف المقرر القائم فعلا الذي ما زالت تتمسك به، وتصرفها هذا يعتبر تصرفا غير مشروع يستوجب البطلان[1].

رابعاً: قانون العقوبات (الجنائي):

لا يعدُّ العرف مصدراً رسمياً للقواعد العقابية، وليس له نصيب في إنشاء هذه القواعد التي تقرر الجرائم، وتحدد عقوباتها؛ ذلك لأن التشريع يحتكر هذه الوظيفة تطبيقاً لقاعدة أساسية تجمع عليها القوانين العقابية الحديثة هي لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني، وعليه ينبغي على القاضي الحكم بالبراءة إذا خلا التشريع من نص يعاقب على فعل، أو امتناع عن فعل ينسب إلى المتهم من دون أن يكون في وسعه الرجوع إلى العرف لتقدير الجريمة، وفرض العقوبة بحجة العمل على سد نقص التشريع وقد حرصت أغلب الدساتير المعاصرة على النص على هذه القاعدة حماية للحرية الفردية[2]. «لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون، ولا يجوز العقوبة إلى على الفعل الذي يعتبره القانون جريمة أثناء اقترافه» [3].

مما تقدم يمكن للباحث أن يقول أن العرف ليس مصدراً من مصادر

---

(1) علي محمد بدير، وآخرون، مرجع سابق، ص50.

(2) عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر (القاهرة، 1972م). ص145.

(3) حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ط4، (الإسكندرية، 1971 م)، ص360.

القواعد الجنائية، ذلك أن من المبادئ الأساسية في قوانين العقوبات في البلاد العربية جميعها تقضي بأن لا جريمة الأرض تشريعي [1].

ومع ذلك فإن العرف إذا كان لا ينشئ جريمة، أو يحدد عقوبة إلا أنه يعدّ مصدراً تفسيرياً لبعض النصوص العقابية[2]. فقد يستدل القاضي به في تحديد المعيار الذي يعدّ النص التشريعي أساساً لتوافر أركان الجريمة، ومن قبيل ذلك ما تقضي به بعض النصوص في بعض القوانين العقابية من تحريم سياقة السيارة بسرعة، أو بطريقة ينجم عنها خطر على الناس في أنفسهم، أو أموالهم وهذه الطريقة المحظورة تحتاج إلى معيار يحددها وقد يكون العرف خير معين للقضاء في تحديد المعيار، فقد يقضي العرف بلزوم السير في السيارة على يمين الطريق من دون أن ينص القانون على ذلك وعندئذ يكون العرف قد انشأ التزاماً تدخل فيه مخالفته في مفهوم الطريقة المحظورة وتقع هذه المخالفة تحت طائلة النص العقابي وواضح أن العرف لا يعد في هذه الحالة مصدراً منشئاً للقاعدة العقابية التي تجعل من السياقة بطريقة ينجم عنها خطر على الجمهور جريمة تعاقب عليها لأن النص التشريعي هو مصدرها الفرد وإنما يعتبر مصدراً يستعين به القاضي في تفسير النص. فيعينه في تفهم مضمونه ورسم حدود تطبيقه[3].

مما تقدم يمكن القول إنَّ العرف المدني لا يملك مخالفة للنص التشريعي الآمر أياً كان نوع المصالح التي يحميها[4].

خامساً: العرف وقانون العمل:

يعدّ العرف من المصادر الرسمية لهذا القانون، الذي يحكم العلاقات الفردية، والجماعية الناشئة عن أداء عمل لحساب من تم العمل تحت إشرافه، وسلطته فهو من جملة المصادر الداخلية ذات الصفة غير الرسمية لقواعد العمل. ومع أن أهمية العرف في نطاق هذا القانون أخذت تتضاءل بتأثير من

---

(1) عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، ص147.

(2) حسن كيرة، مرجع سابق، ص362..

(3) عبد المنعم فرج الصدة، مبادئ القانون، ص167.

(4) عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون، جامعة بغداد (بغداد، 1986 م)، ص419.

تكاثر التشريعات، وتزايد أهمية عقود العمل المشتركة، وإلزام أرباب العمل بإصدار تعليمات، أو لوائح العمل، وما يشوب قواعد العرف من غموض، وما تتميز به من ضيق أثر لأن أكثرها محلي في نطاق تطبيقه، إلا أن تناقض أهمية العرف لا تعني استبعاده من عداد المصادر الرسمية لهذا القانون، وسيظل مصدراً رسمياً لبعض قواعده مكملاً للتشريع، ولمصادره الدولية والداخلية لما يتميز به من مرونة تستجيب إلى تطور الظروف الاقتصادية وتلاءم ظروف العمل، ولأن المصادر الأخرى لا تملك الإحاطة تنظيماً بجميع مقتضيات العمل وتفاصيل أوضاعه المحلية[1].

ويظهر من ذلك مدى أهمية العرف كمصدر رسمي من مصادر القانون الإداري. ولكن يجب الملاحظة أن قيام قواعد العرف الإداري والتزام الإدارة لها مدى من الزمن لا يعني أن تكون هذه القواعد مؤيدة، فلا يمكن تغيرها أو تعديلها أو إلغاؤها وإنما يجب أن تعدل تلك القواعد بالقواعد التشريعية أو اللائحية. لأن النصوص المكتوبة تعدّ أعلى مرتبة من القواعد العرفية، كما لا يجوز للإدارة نفسها أن تعدل القواعد العرفية بقواعد جهيدة تدعوا الظروف والأحوال ومصلحة العمل الإداري لها[2].

سادساً: العرف والقانون التجاري:

يلعب العرف دوراً هاماً في إنتاج القواعد القانونية التجارية، ويعدُّ من أبرز مصادرها الرسمية، وهو يمارس وظيفته في إكمال نقائص التشريع، وفي حكم الحالات المحالة إليه على نحو ملحوظ، فأهميته كمصدر مكمل للتشريع تبرزها المعاملات التجارية، وتشعبها، وكثرة فروضها لاختلاف طرق التعامل باختلاف فروع التجارة وجهاتها على منوال يتعذر على المشرع الإحاطة بتفاصيلها، والإلمام بفروضها كافة، ويقتضي الكف عن النزول إلى بعض تفاصيلها، والسكوت حيال الكثير من فروضها تاركاً للعرف تلافي قصور التشريع، فيضطر إلى ترك الفصل في كثير من المنازعات التجارية

(1) عبد الحميد متولي، المفصل في القانون الدستوري، ص185.
(2) مصطفى كمال، القانون التجاري، ص49..

إلى العرف الذي يستجيب إلى طبيعة التجارة[1] لأنه وليد حاجاتها، ينشأ بنشوئها، ويسايرها في تطورها، ويعكس تغاير ظروفها، وقد تسمو أهمية العرف التجاري إلى درجة تبيح له مخالفة نص تشريعي آمر على الوجه الذي سبق تفصيله غير أن القانون العراقي لا يسمح بذلك. فلا يجيز القانون العراقي للعرف مخالفة نص تشريعي إلزامي، تجارياً كان أم مدنياً، ومن أمثلة الأعراف التجارية - افتراض التضامن بحيث يجوز للدائن مطالبة أي مدين بكل الدين، واحتساب الفوائد في الحساب الجاري من تاريخ الخصم، والإضافة دون حاجة إلى إجراء ما كالأعذار، أو المطالبة القضائية، وجواز تعاقد الوكيل بالعمولة مع نفسه لحساب شخصين مختلفين[2].

لا يملك العرف التجاري القدرة على مخالفة، أو إلغاء نص آمر، تجارياً كان أم مدنياً. وقد انفرد القانون التجاري العراقي الجديد بالنص على ذلك دون غيره من القوانين. فقد قضت المادة الثانية من قانون التجارة العراقي الجديد رقم 149 لسنة 1970 بما يأتي:

1 - تسري على المسائل التجارية أحكام الاتفاق الخاص بين المتعاقدين. فإذا لم يوجد اتفاق خاص سرت نصوص هذا القانون أو غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية، ثم قواعد العرف التجاري ويرجح العرف الخاص على العرف العام.

2 - وإذا لم يوجد عرف تجاري وجب تطبيق أحكام القانون المدني تغيره بنشوء عرف مغاير له[3].

3 - لا يجوز تطبيق الاتفاقات الخاصة أو قواعد العرف التجاري إذا تعارضت مع نصوص تشريعية إلزامية[4].

وبمقتضى هذا النص ينبغي على القاضي في المسائل التجارية أن يرجع

---

(1) سليمان محمد الطحاوي، الوجيز في نظم الحكم والإدارة، دار الفكر، (القاهرة، 1962م)، ص398.

(2) سليمان محمد الطحاوي، مرجع سابق، ص398.

(3) عبد الباقي البكري، مرجع سابق، ج 1، ص420.

(4) المرجع نفسه، ج 1، ص420.

إلى المصادر الآتية حسب تسلسل أهميتها:

1 - نصوص القانون التجاري الآمرة.

2 - نصوص القانون المدني الآمرة باعتبارها قواعد الشرع العام الذي تسري أحكامه على المعاملات المدنية والتجارية، ويصار إليها عند غياب النص التجاري الآمر الذي تكون له الأفضلية في التطبيق عند تعارضه مع قاعدة آمرة من قواعد القانون المدني؛ لأن الأول نص خاص بالمعاملات التجارية، أما الثاني فعام، والنص الخاص يقدم على النص العام في التطبيق عند التعارض.

3 - الاتفاقات الخاصة بين المتعاقدين على أن لا تخالف النظام العام والآداب العامة. ويلاحظ أن على القاضي أن يرجع إليها أولاً لحكم القضية المعروضة إلا إذا تعارضت مع نص تشريعي آمرٍ تجارياً كان أم مدنياً[1].

4 - قواعد العرف التجاري التي تختلف بالنص الصريح في المرتبة عن النصوص الآمرة والاتفاقات الخاصة المشروعة. ويغلب العرف الخاص الذي يسود الدولة عند وجوده[2]. في حالة التعارض بينهما في الحكم.

5 - القواعد التشريعية المكملة أو المفسرة للإرادة التي تجوز مخالفة بعضها بقاعدة عرفية. وتكون الغلبة للقواعد التجارية المكملة على القواعد المدنية المكملة عند التعارض، آخذاً بمبدأ أفضلية النص الخاص على العام. وتخلف بعض القواعد التشريعية المكملة أو المفسرة هذه عن العرف التجاري في المرتبة أمر يقطع به نص المادة الثانية المشار إليه ذلك لأنه قيد العرف بالقواعد التشريعية الإلزامية ولم يجز له مخالفتها والقواعد التشريعية الإلزامية هي القواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق

(1) عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 167.

(2) عبد الباقي البكري، مرجع سابق، ج 1، ص420.

على مخالفتها ولا السير على سنة تضاهيها لخطورة ما تتناوله من أمور تتعلق بالنظام العام، والقواعد المكملة التي لم ترخص المعرف مخالفتها.

أما النصوص المدنية الآمرة فيجوز للعرف التجاري أن يستبدل تطبيقها، غير أنه لا يجوز أن يلغيها بسبب عدم الاستعمال؛ لأن العرف أدنى من التشريع منزلة ولا يجوز أن يلغى التشريع إلا بتشريع آخر وهو ما جرت عليه أغلب[1] أحكام القضاء، واستقر عليه الفقه ونص عليه بعض المشرعين كالمشرع المصري وواضع التقنين المدني العراقي ومشرع قانون التجارة البرية العراقي الملغى رقم 60 لسنة 1943 فقد قضى التقنين المدني العراقي بجواز العدول عن نص مدني آمر إلى عرف تجاري في نصوص كثيرة. منها نص المادة 174 التي قضت بأنه Aلا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد. ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال. وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية[2]S.

وما ورد في المادة الثالثة المشار إليها من ترتيب لمصادر الأحكام قضت المادة الرابعة من القانون نفسه بوجوب مراعاته. وبمقتضى هاتين المادتين يتقدم العرف التجاري في التطبيق على القواعد المدنية التشريعية الآمرة. لأن تقدمه على القواعد المكملة أمر مفروغ منه [3].

أما النصوص التجارية الآمرة فلا يملك العرف التجاري مخالفتها أو إلغائها، سواء أكانت نصوصاً تحمي مصالح خاصة، أم تتعلق بمصالح أساسية للدولة، تطبيقاً لمبدأ تدرج المرتبة بين العرف والتشريع؛ لأن الاعتبارات التي دفعت الفقه والقضاء والمشرعين إلى قبول فكرة أفضلية العرف التجاري في التطبيق على النصوص المدنية الآمرة، لا وجود لها عند تعارض أحكام النصوص التجارية الآمرة مع قواعد العرف التجاري، فهي اعتبارات تأثرت بما تقوم عليه المعاملات التجارية من أسس، كالائتمان وسرعة الإنجاز وما

---

(1) ينظر سليمان مرقس، المرجع السابق، ص327.
(2) عبد الباقي البكري، مرجع سابق، ج 1، ص420.
(3) حسن كيرة، المرجع السابق، ص 71.

تتطلبه من مسايرة القواعد التي تحكمها لطبيعتها وظروفها. وهي اعتبارات، إن فات المشرع المدني استيعابها وتقديرها بدقة في نصوصه، فإنها لا تغيب عن إدراك واضع النص التجاري وعليه، فإن أفضلية النصوص التجارية الآمرة في التطبيق أمر لا ريب فيه.

ويملك العرف مخالفة القواعد التشريعية المكملة أو المفسرة، مدنية أو تجارية، فيستبعد تطبيقها، ولكنه لا يملك إلغاءها، لأن الإلغاء من حق السلطة التي تولت تشريعها. والنصوص المكملة أو المفسرة هي القواعد التي يفترض انصراف الإرادة إلى تطبيقها عند عدم الاتفاق على استبعادها. والتي يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها لعدم تعلقها بالنظام العام[1].

سابعاً: العرف والقانون المدني:

لا يمارس العرف دوراً هاماً في نطاق القانون المدني، وإن عُدَّ فيه المصدر الرسمي الذي يلي التشريع مرتبة، وإذا كان المشرع قد أناط به مهمة استكمال نقائص التشريع، وحكم الحالات التي تحيل النص إليه حكمها تارة أخرى، وهذا ما قرره المشرع في القانون المدني العراقي الذي نص على ما يلي: «فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءَمةً لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة»[2]، إلا أنه لا يبدو على قدر مرموق من الأهمية في هاتين الناحيتين وذلك لسببين:

أولهما: كثرة النصوص التشريعية التي تحكم دقائق العلاقات المدنية، ومبادرة المشرع إلى التداخل لمواجهة ما يجد في المجتمع من تطور بحيث أضحى الرجوع إلى العرف كمصدر مكمل للتشريع وضعاً نادراً[3].

وثانيهما: قلة القواعد العرفية التي تحيل إليها النصوص، بحيث يصح القول أن ما تحيل النصوص إليه هو في الغالب العرف التجاري لا المدني، والواقع أن أهمية العرف في دائرة القانون المدني قد تضاءلت كثيراً عما كانت

(1) عبد الباقي البكري، مرجع سابق، ج 1، ص425.

(2) القانون المدني العراق، المادة (1)، الفقرة، (1).

(3) المرجع نفسه، ص49.

عليه في القديم، ومن الأمثلة على الأعراف المدنية حق الزوجة في البلاد العربية في الاحتفاظ بلقب أسرتها بعد الزواج، والقرينة التي يقيم العرف باعتبار أثاث منزل الزوجة ملكاً للزوجة المسلمة، وإن كانت قرينة تقبل إثبات العكس، والأعراف المستقرة في دائرة الاستغلال الزراعي لاسيما ما يتعلق منها بحقوق الارتفاع كحق المرور والمجرى[1].

من هنا نستطيع القول بان العرف يعتبر مصدراً رسمياً تكميلياً يلجأ القاضي إليه إذا لم يجد قاعدة تشريعية، غير أن نصيبه في إنتاج القواعد القانونية لا كمال النقص الموجود في التشريع يختلف باختلاف فروع القانون:

1 - ففي القانون المدني نجد القواعد العرفية قليلة.

2 - وفي القانون التجاري يظهر اكبر دور للعرف في إنتاج القواعد القانونية في نطاق القانون الخاص.

3 - وفي القانون الدولي يعدّ العرف أهم مصدر لقواعد ضد القانون.

4 - وفي القانون الدستوري يعدّ العرف من مصادر القواعد الدستورية.

5 - وفي القانون الإداري يعدّ العرف من مصادر القواعد الإدارية.

6 - أما في القانون الجنائي فلا يعدٌّ العرف مصدرا للقواعد الجنائية.

ذلك إن من المبادئ الأساسية في قانون العقوبات تلك القاعدة التي تقضي بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلاّ بنص تشريعي وتحرص الدساتير عادة على إيراد هذا المبدأ لاتصاله اتصالاً وثيقاً بالحرية الفردية.

(1) شاب توما منصور، مرجع سابق، ص50.

المبحث الثالث

العرف في القوانين العربية

مثلما كان للعرف أثره في الشريعة الإسلامية، فانَّ له أثراً في القوانين الوضعية للدول العربية، التي عُدَّ اغلبها الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع. وسنتناول بهذا الفصل أثر العرف في أهم القوانين الوضعية لبعض الدول العربية وسيكون التركيز على القوانين المدنية.

❖ العرف في القوانين المصرية

كانت الشريعة الإسلامية هي قانون البلاد في مصر منذ الفتح الإسلامي. وكان المذهب الشافعي هو مذهب القضاء المصري حتى زمن الدولة الفاطمية. وقد بقي الأمر حتى الفتح العثماني إذ أصبح القضاء حينئذ على المذهب الحنفي. وإبان الحكم العثماني لم تعمل مصر بالقوانين العثمانية ولا بمجلة الأحكام العدلية لأسباب خاصة. وفي سنة 1875م أنشئت المحاكم المختلطة وصدرت القوانين المختلطة. ثم صدرت بعد ذلك القوانين الأهلية الستة على غرار القوانين المختلطة: أي القانون المدني والتجاري والبحري والجنائي وقانون المرافعات وقانون الإجراءات الجنائية.

وبعد معاهدة مونترو سنة 1937 وإلغاء المحاكم المختلطة ابتداءً من 1949/10/15 بدأت حركة تقنين جديدة في مصر، وهذا التاريخ هو تاريخ نفاذ القانون المدني المصري الجديد، الذي وضع من قبل لجنة مؤلفة برئاسة الفقيه عبد الرزاق السنهوري[1].

لقد استمد القانون المدني المصري نصوصه، وأحكامه من ثلاثة مصادر هي: القانون المصري القديم، والفقه الإسلامي، والقوانين الغربية. وما يهمنا هو أن المادة الأولى من القانون الجديد نصت على: «إذا لم يوجد نص تشريعي

(1) محمود عبد المجيد مغربي، مرجع سابق، ص423.

يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى الشريعة الإسلامية. فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة»[1].

وقد نظر المشرع المصري نظرة احترام إلى العرف في العقود التجارية حيث أعطى للعرف الجاري في المعاملات بين الناس احترامه[2]. كما قرر في حالة قيام خلاف على مسائل لم يتم الاتفاق عليها فالمحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملات والأحكام والقانون والعرف والعدالة وبذلك أقر هذا المبدأ العام على العقود المتنوعة مثل البيع وحكم تسلم الشيء المبيع والعيوب المستترة ومحل السداد ومصاريف البيع وعلى عقد القرض والفواتير وعلى مسائل الإيجار من الباحث والمزارعة وتوزيع القلة[3].

كما أكد المشرع المصري على احترام العرف وإتباعه فيما يتعلق بالمقاولات ومصاريف المهمات والأدوات، وميعاد دفع الأجرة للعامل. وأكد على حق الممثل التجاري أو المندوب الجواب للعميل أو الخصم المتفق عليه عن توصيات تمت بعد انتهاء المدة المعينة في حالة استخدامه متى كانت هذه التوصيات نتيجة مباشرة. كما قام به هؤلاء المستخدمون من سعي لدى هؤلاء العملاء في أثناء مدة استخدامهم على أن تكون المطالبة بذلك الحق خلال المدة المعتادة التي يقررها العرف بالنسبة إلى كل منهم[4].

وفي تعليقها على التعامل مع العرف أقرت محكمة استئناف القاهرة قاعدة قانونية سار عليها الشارع المصري بعد ذلك مفادها «أن العرف يقوم في المعاملات التجارية مقام القانون»[5].

---

(1) القانون المدني المصري.

(2) عبد المعين لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المواد التجارية، دار الكتب العربي، (القاهرة، 1967م)، ص120.

(3) المرجع نفسه، ص120.

(4) المرجع نفسه، ص122.

(5) المرجع نفسه، ص123.

❖ العرف في القوانين اللبنانية

خضع لبنان قبل أن ينسلخ من الدولة العثمانية، مثل سائر البلاد العربية للقوانين العثمانية، ومن بينها مجلة الأحكام العدلية. وبعد الانتداب باشرت الدولة المنتدبه سلطتها على البلاد، وكانت القوانين الفرنسية من أولى المصادر التي اعتمد عليها المشرع اللبناني في حركة التدوين الجديدة، واهم القوانين قانون الملكية وقانون الموجبات والعقود، وقانون أصول المحاكمات المدنية، وقانون التجارة وقانون العقوبات وقانون التجارة البحرية وقانون أصول المحاكمات الجزائية وقوانين أخرى. وقد ألغى قانون الموجبات والعقود جميع أحكام مجلة الأحكام العدلية وغيرها من القوانين التي تتعارض وأحكامه[1].

أما بالنسبة للقوانين الشرعية فان المحاكم الشرعية السنية تطبق أحكام المذهب الحنفي، وتطبق المحاكم الشيعية قانون تنظيم المحاكم الشرعية، وأحكام المذهب الجعفري، وما يتلاءم معه من قانون حقوق العائلة العثماني. ويوجد قانون خاص للأحوال الشخصية للطائفة الدرزية، وتخضع مسائل العائلة للطوائف المسيحية للقانون الكنسي أو الديني وللتقاليد العرفية المتبعة منذ القديم[2].

وبالنسبة للقانون التجاري فان العرف التجاري قاعدة درج عليها التجار فترة طويلة من الزمن مع اعتقادهم في إلزامها وضرورة احترمها. والعرف مصدر أساسي يلي التشريع في الأهمية، ويلجأ إليه القاضي إن افتقد النص التشريعي. ويتميز العرف عن التشريع بأنه مرن يساير التطور الدائم في الحياة التجارية.

لقد ظل القانون التجاري فترة طويلة من الزمن قانوناً عرفياً محض. ولم يزل للعرف دور هام في القانون التجاري بعد تقنينه، ويرجع إلى قلة النصوص التشريعية في نطاق هذا القانون وعجزها عن ملاحقة حاجيات التجارة المتجددة. ولا يزال كثير من النظم التجارية كالبيوع البحرية والاعتمادات

(1) محمود عبد المجيد مغربي، مصدر سابق، ص406.

(2) المرجع نفسه، ص409 - 410.

المستندية محكوماً بالقواعد العرفية. ومن أمثلة القواعد العرفية قاعدة افتراض التضامن بين المدنيين المتعددين بدين تجاري، وذلك خلافاً للقاعدة المدنية من أن التضامن لا يفترض وإنما يكون بناءاً على اتفاق أو نص في القانون [1].

ولا خلاف في أن العرف التجاري لا يطبق إذا كان متعارضاً مع النصوص التجارية الآمرة ولكن أثير الخلاف حول ما إذا كان العرف التجاري يمكن أن يخالف النصوص المدنية الآمرة. فذهب رأي إلى وجوب تطبيق النص المدني الآمر لأنه يتعلق بالنظام العام وتفضيله على العرف التجاري. ولكن الرأي عندنا أن العرف التجاري يجوز أن يخالف نصوص من القانون المدني الآمرة.

وليس في ذلك تغليب للعرف على التشريع. ذلك أن الأمر لا يعدو أن يكون تحديداً لنطاق تطبيق كل من القانون التجاري والقانون المدني. والقاعدة في هذا الشأن أن القانون المدني لا يطبق إلا إذا لم يوجد حكم خاص في القانون التجاري، ووجود عرف تجاري معناه قاعدة قانونية تجارية خاصة، فلا حاجة مع وجودها إلى تطبيق القواعد المدنية العامة.

وقد أراد المشرع اللبناني أن يحسم هذا الخلاف فنص في المادة (4) تجاري على أن العرف لا يطبق إذا كان متعارضاً مع النصوص الاشتراكية الإلزامية. ورغم ظاهر النص الذي لا يفرق بين النصوص التجارية الآمرة والنصوص المدنية الآمرة، فإن التفسير الصحيح لهذا النص عندنا هو أنه يقتصر على حالة مخالفة العرف التجاري للنصوص التجارية الآمرة دون النصوص المدنية الآمرة. ويؤيد هذا التفسير ما نصت عليه المادة (2) تجاري من أن أحكام القانون المدني لا تطبق على المواد التجارية إلا بقدر اتفاقها مع المبادئ المختصة بالقانون التجاري ومن المبادئ المختصة بالقانون التجاري ما يرتد مصدره إلى العرف التجاري.

وقد يكون العرف عاماً يعمل بمقتضاه في دولة واحدة أو عدة دول، وقد

---

(1) أصبحت هذه القاعدة العرفية اليوم قاعدة تشريعية بمقتضى المادة 256 تجاري والمادة 24 فقرة 2 موجبات وعقود.

يكون محلياً يجري حكمه في مدينة أو بلدة معينة، وقد يكون خاصاً مقتصراً على مهنة معينة. وعند التعارض يرجح العرف الخاص والعرف المحلي على العرف العام[1].

ولما كان العرف كالتشريع من حيث قوة الإلزام، فإنه يفترض علم القاضي به ولا يكلف الخصم بإثباته. بيد أنه من الصعب في كثير من الأحيان القول بوجود العرف أو بعدم وجوده؛ ولذلك تستنير المحاكم عادة في هذا الصدد بشهادات صادرة عن غرف التجارة أو الصناعة. ومتى قرر القاضي وجود العرف فله أن يفسره. ويخضع القاضي في تقدير وجود العرف وفي تفسيره لرقابة محكمة (التمييز)، لأن العرف من قبيل القواعد القانونية.

ويثير تطبيق العرف كمصدر رسمي للقواعد القانونية بعض الصعوبات من حيث علم القاضي به وإثباته، ومن حيث رقابة محكمة التمييز على تطبيقه، ثم من قوته في مواجهة النصوص التشريعية.

فمن حيث التطبيق والإثبات يذهب الرأي الراجح إلى أن للقاعدة العرفية مميزات القاعدة القانونية، وبالتالي يكون للقاضي - بعّدهِ مكلفاً بتطبيق القانون - ملزماً من تلقاء نفسه بتطبيقها حتى لو لم يطلب الخصوم ذلك أو كانوا يجهلون وجودها. ولكي لا يترتب على اعتبار القاعدة العرفية قاعدة قانونية تسري بشأنها قاعدة عرفية وكان يجهلها القاضي، فإنه يستطيع أن يطلب من الخصم أن يثبت وجودها، لأن علم القاضي بالعرف لا يمكن أن يكون مثل علمه بالتشريع فالتشريع مدون في نصوص منشورة، بينما العرف غير مدون كما نعلم[2].

أما من حيث مدى سلطة محكمة التمييز في الرقابة على محكمة الموضوع في تطبيق وتفسير العرف، فالرأي فيه خلاف. فبعضهم يذهب بأن لا رقابة لمحكمة التمييز في هذا الصدد، إلا أن يعتبر العرف قانوناً حتى يمكن أن يكون خاصاً لرقابتها، ثم أن تدخل محكمة التمييز في شأن العرف

---

(1) القانون التجاري اللبناني، الفقرة 4، المادة 4.

(2) محمد حسني عباس، الملكية الصناعية والمحل التجاري، دار النهضة العربية، (القاهرة، 1971م)، ص64.

يؤدي حتماً إلى تثبيته مع أنه من الخير أن يترك العرف يتغير بتغير مقتضيات الزمان والمكان[1]. ويميل القضاء في مجموعه إلى القول بأن محكمة التمييز لا تراقب تطبيق المصادر العرفية لأجل التحقق من قيام العرف وتفسيره مسألة واقعة لأن محكمة التمييز تشرف على حسن تطبيق القانون المكتوب وتوحيده ولا شأن له بالعرف[2]. ولكن الرأي الراجح يذهب إلى أن العرف قانون وبالتالي يخضع في تطبيقه وتفسيره إلى رقابة محكمة التمييز[3]؛ لأنه ليس واقعة مادية بل قاعدة قانونية يتعين على محكمة التمييز وهي؛

❖ العرف في القوانين السورية

كما في لبنان كذلك في سوريا ظهرت حركة تشريعية عملت على استبدال القوانين العثمانية. إذ كانت سوريا خاضعة للقوانين العثمانية ولمجلة الأحكام العدلية. ولكنها خلافا للبنان بقيت محافظة على تلك القوانين في فترة الانتداب باستثناء قانون الملكية.

ويعدُّ إصدار القانون المدني السوري من أهم التطورات في تاريخ التشريع السوري، فقد ظلت مجلة الأحكام العدلية تحكم المعاملات المدنية حتى تاريخ إصدار القانون المدني الجديد. وقد نصت المادة الأولى منه على: «إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، وإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة»[4].

وظاهر من هذا النص أن المشرع السوري قد قدم الشريعة الإسلامية على العرف في حين أن المشرع المصري والعراقي قدم العرف على الشريعة الإسلامية في ترتيب المصادر التي يرجع إليها القاضي عند عدم النص.

(1) المرجع نفسه، ص64.

(2) اكثم الخولي، الوسيط في القانون التجاري، ط1، مطبعة نهضة مصر، (القاهرة، 1964م)، ج3، ص56.

(3) علي الزيني، أصول القانون التجاري، مكتبة النهضة المصرية، (القاهرة، 1946)، ص42.

(4) القانون المدني السوري.

❖ **العرف في القوانين الأردنية**

لازالت مجلة الأحكام العدلية هي القانون المدني في الأردن إلى جانب بعض التعديلات الناتجة عن القوانين العثمانية، ثم عن القوانين الأردنية الجديدة. ولا يزال المشرع الأردني يفكر في مشروع قانون مدني جديد مقتبس عن القانونين المصري والسوري[1].

❖ **العرف في القوانين العراقية**

خضع العراق كما خضع غيره من الأقطار العربية لأحكام الشريعة الإسلامية، وظلت الشريعة بمختلف مصادرها القانون المطبق على الناس في أحوالهم الشخصية ومعاملاتهم والمصدر للقانون بجميع فروعه حتى منتصف القرن التاسع عشر. ومثلما طبقت الدول الأخرى الخاضعة لحكم الدولة العثمانية لأحكام مجلة الأحكام العدلية فقد تم التزام بتلك الأحكام.

وبعد تأسيس الدولة العراقية سنة 1921م ورثت الدولة الفتية جميع القوانين العثمانية بحكم الواقع وبمقتضى معاهدة لوزان، فقد نصت المادة (113) من القانون الأساسي العراقي على ما يأتي: «القوانين العثمانية التي كانت قد نشرت قبل تشرين الثاني 1914م والقوانين التي نشرت في ذلك التاريخ أو بعده وبقيت مرعية في العراق إلى حين نشر هذا القانون تبقى نافذة فيه بقدر ما تسمح به الظروف مع مراعاة ما احدث فيها من التعديل أو الإلغاء بموجب البيانات والنظامات والقوانين الوارد ذكرها في المادة التالية...»[2].

وظلت القوانين العثمانية وأبرزها مجلة الأحكام العدلية، وقانون التجارة البحرية، وقانون أصول المحاكمات الحقوقية. كما ظلت القوانين التي صدرت في ظل الاحتلال وأهمها قانون العقوبات البغدادي وقانون أصول المحاكمات الجزائية، وقانون الشركات سارية المفعول في العراق حتى تم إلغاء اغلبها بإصدار القوانين العراقية، وأهمها القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951م.

---

(1) محمود عبد المجيد مغربي، مرجع سابق، ص 431.

(2) الدليل العراقي الرسمي لسنة 1936، القانون الأساسي العراقي، ص135.

وبصدور هذا القانون تم إلغاء مجلة الأحكام العدلية. ولقد استسقى القانون المدني العراقي - وحسب ما ورد بالأسباب الموجبة له أو المذكرة الإيضاحية - من أحكام القانون المدني المصري، ومن أحكام المجلة، وقانون تنظيم إحكام الأراضي ومن الشريعة الإسلامية مباشرة دون التقيد بمذهب معين.

وقد قضت المادة الثانية من القانون المدني العراقي، على غرار المادة الثانية من القانونين المصري والسوري مع اختلاف في الترتيب، انه عند عدم وجود النص يرجع إلى العرف والعادة، ثم إلى أحكام الشريعة الإسلامية دون التقيد بمذهب معين. فالنص العراقي شبيه بالقانون المدني المصري في الترتيب الذي قدم العرف على الشريعة الإسلامية. ولكنه اختلف عن الترتيب الذي نص عليه القانون السوري عندما قدم الشريعة الإسلامية على العرف وعلى مبادئ القانون الطبيعي والعدالة [1].

❖ العرف في قوانين المملكة المغربية

جاء في تصدير دستور المملكة المغربية ما نصه: «المملكة المغربية دولة إسلامية ذات سيادة كاملة، لغتها الرسمية هي اللغة العربية، وهي جزء من المغرب العربي الكبير. وبصفتها دولة إفريقية، فإنها تجعل من بين أهدافها تحقيق الوحدة الإفريقية. وإدراكا منها لضرورة إدراج عملها في إطار المنظمات الدولية، فإن المملكة المغربية، العضو العامل النشيط في هذه المنظمات، تتعهد بالتزام ما تقتضيه مواثيقها من مبادئ وحقوق وواجبات وتؤكد تشبثها بحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها عالميا. كما تؤكد عزمها على مواصلة العمل للمحافظة على السلام والأمن في العالم»[2].

❖ العرف في قوانين المملكة العربية السعودية

حافظ السعوديون على تطبيق الشريعة الإسلامية. ويعدُّ الشرع الإسلامي القانون الرسمي للدولة. فأحكام الشريعة الإسلامية تطبق في مختلف المسائل الجزائية والمدنية والتجارية في آن واحد. وكان المذهب الحنفي

---

(1) القانون المدني العراقي.

(2) دستور المملكة المغربية.

هو المذهب الذي يعمل به في المحاكم الشرعية في المدن في العهد العثماني ويطبق المذهب الشافعي والحنبلي في نجد. ثم أصبح المذهب الحنبلي هو المذهب الرسمي في فروع المعاملات في المملكة. وفي حال عدم وجود النص في كتب هذا المذهب جاز البحث في حل المسألة المعروضة في باقي المذاهب وفقا لما تقتضيه المصلحة.

وبعد التطورات التي تلت اكتشاف الثروات الطبيعية وتواجد شركات أجنبية للاستثمار في المملكة تبدلت أحوال الناس مما استوجب سن تشريعات تلائم الحاجات المستجدة. فصدرت تشريعات في أصول المحاكمات والقوانين التجارية والقوانين الجزائية وتشريعات العمل والعمال ولضرائب وغيرها.

ولأن الشريعة الإسلامية هي القانون الوحيد النافذ في المملكة فان اعتبار العرف يكون بالقدر الذي تقرره الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالمعاملات بين الأفراد.

❖ العرف في قوانين اليمن

تطبق الشريعة الإسلامية في اليمن. ومذهب الدولة الرسمي هو المذهب الزيدي. ولم يتمكن العثمانيون أثناء حكمهم من تطبيق القوانين العثمانية. وحصل نزاع طويل في هذا الشأن بينهم انتهى في سنة 1911 إلى التخلي عن تطبيق القوانين العثمانية وتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية [1].

❖ القانون المدني العربي

نشرت مجلة القضاء العراقي في العددين الأول والثاني لعام 1962 ثم أعيد طبعه مستقلاً في هذا العام الجاري 1965. بحثاً يدور موضوعه حول «القانون المدني العربي»، والبحث يتميز بأصالة الرأي وعمق النظرة واستقامة المنهج. وموضوعه دعوة إلى وضع قانون مدني عربي موحّد مستمد من الفقه الإسلامي دونما أي اعتماد على أي فقه آخر كمصدر لوضع القانون إلاّ فيما يتصل بمناهج البحث وطرق التقنين مع المحافظة التامة على أصالة الفقه الإسلامي واستقلاله، ذلك أن الفقه الإسلامي كما يقول العلاّمة السنهوري

(1) محمود عبد المجيد مغربي، مرجع سابق، ص449.

وكما هو واقعه: «هو فقه محض، لا تقلّ عراقته في ذلك عن عراقة القانون الروماني، وهو لا يقل عنه في دقة المنطق وفي متانة الصياغة وفي القابلية للتطور، وهو مثله صالح أن يكون قانونًا عالميًا، بل كان بالفعل قانونًا عالميًا يوم امتدت دولة الإسلام من أقاصي البلاد الآسيوية إلى ضفاف المحيط الأطلسي، وكما أنبت القانون الروماني بعد أن أحييت دراسته في العصور الوسطى، القوانين اللاتينية والقوانين الجرمانية الحديثة، وهي القوانين التي تعيش أوربا اليوم في ظلها، كذلك الفقه الإسلامي إذا أحييت دراسته وانفتح فيه باب الاجتهاد قيمن أن ينبت قانونًا حديثًا لا يقلّ في الجدة وفي مسايرة العصر عن القوانين اللاتينية والجرمانية، ويكون هذا القانون مشتقًا من الفقه الإسلامي اشتقاق هذه القوانين الحديثة من القانون الروماني العتيق. هذه هي عقيدتي في الفقه الإسلامي تكوّنت لا من العاطفة والشعور فحسب بل تضافر في تكوينها الشعور والعقل ومكّن لها شيء من الدرس»[1].

وقد بحث السنهوري الموضوع في مراحل ثلاث: الماضي، والحاضر والمستقبل.

أرّخ في المرحلة الأولى للقانون المدني في البلاد العربية، فقسمها إلى الطوائف التالية[2]:

❖ **الطائفة الأولى:** قانونها المدني قانون غير مكتوب، وهي كالتالي:

1 - المملكة العربية السعودية، وتطبق الفقه الإسلامي في مذهب الوهابيين، وهو فرع من المذهب الحنبلي.

2 - اليمن، ويطبق الفقه الإسلامي في مذهب الزيدية، وهو مذهب شيعي قريب من المذهب الحنفي.

❖ **الطائفة الثانية:** قانونها المدني هو تقنين للشريعة الإسلامية في المذهب الحنفي، أصدرته الدولة العثمانية في النصف الثاني من القرن

---

(1) عبد الرزاق السنهوري، القانون المدني العربي، نقابة المحامين العراقيين، مجلة القضاء، العددان الأول والثاني، أيلول (1962م)، ص26 - 27.

(2) عبد الهادي الفضلي، جريدة السياسة الكويتية، العدد الصادر بتاريخ 2006/5/2.

التاسع عشر تحت اسم معروف هو (مجلة الأحكام العدلية). فشمل البلاد العربية التي كانت تحت الحكم العثماني، وبقي بعد انهيار الدولة العثمانية معمولاً به في سورية وفلسطين وشرق الأردن والعراق وليبيا.

❖ **الطائفة الثالثة:** قانونها المدني مقتبس من القانون المدني الفرنسي، وهذه تشمل: مصر ولبنان وتونس والجزائر ومراكش.

أما في الوقت الحاضر، وهو يبدأ بانتهاء الحرب العالمية الثانية، فقد بقيت الطائفة الأولى على حالها: المملكة العربية السعودية تطبق المذهب الوهابي واليمن تطبق المذهب الزيدي، وفي الطائفتين الأخريين فحركة التقنين يتجاذبها تياران أساسيان:

يتمثل التيار الأول في مصر وقد اتخذت لها قانونًا مدنيًا جديدًا اقتبست منه سورية قانونها الجديد، والبلَدان ينتميان إلى الثقافة المدنية الغربية، وينضم إليهما في ذلك لبنان وتونس والجزائر ومراكش، وقد استقى كل منها قانونه المقتبس من القانون الفرنسي.

وقد استقى القانون المصري الجديد نصوصه وأحكامه من منابع ثلاثة: القانون المدني المصري السابق، والفقه الإسلامي، والقوانين الغربية الحديثة.

ويتمثل التيار الثاني في العراق، وقد اتخذ له هو أيضًا قانونًا مدنيًا جديدًا لم يهجر فيه المجلة هجرًا تامًا ولم يعتنق القانون الغربي في جملته، بل أصبح وسطًا بين الاثنين[1]. ويدور في فلك العراق، الأردن، وفلسطين.

وقد استقى القانون المدني العراقي الجديد مصادره هو أيضًا من منابع ثلاثة: مجلة الأحكام العدلية، والقوانين المدنية العراقية الأخرى التي كانت موجودة من قبل، والقانون المدني المصري الجديد.

وفي المستقبل وهو الذي يصرح فيه السنهوري بالدعوة إلى وضع قانون مدني عربي مصدره الفقه الإسلامي وحده فيقول: «ويعنيني الآن وأنا أشارف أبواب المستقبل أن أبيّن أن القانون المصري والقانون العراقي لم يوضعا

(1) القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

للتنازع والتعارض، بل وضعا للتآلف والتكامل. وقد كنت وأنا أعمل في كل من القانونين أدرك إدراكًا تامًّا أن القانون العراقي ما كان يتم على النحو الذي تم به قبل إتمام القانون المصري ليستعير الأول من الثاني تبويبه وترتيبه وصياغته وأساليبه ليستكمل منه ما ينقصه من موضوعات لا يجدها ممهدة في الفقه الإسلامي. والهدف الذي قصدت إليه هو أن يكون لبلاد العرب قانون مدني واحد يشتق رأسًا من الشريعة الإسلامية»[1].

«ولن نصل إلى المرحلة الأخيرة إلاّ بعد أن نجتاز مرحلتين تسبقانها:

- **المرحلة الأولى:** هي استخلاص ما وصلت إليه الثقافة المدنية الغربية في آخر تطوراتها إلى العصر الذي نعيش فيه. وهذا ما تحقق بوضع القانون المدني المصري الجديد.
- **والمرحلة الثانية:** هي وضع هذه الثقافة المدنية الغربية إلى جانب الفقه الإسلامي بعد أن تم تقنينه نصوصًا في المجلة ومرشد الحيران. وهذا ما تحقق بوضع القانون المدني العراقي الجديد»[2].

وأقدر بعد أن اجتزنا هذه المرحلة الثانية وبعد أن أصبح الفقه الإسلامي والقانون المدني الغربي جنباً إلى جنب في صعيد واحد أن يتكامل القانونان وأن يتفاعلا هذا يؤثر في ذاك ثم يتأثر به، ومن ثم تقوم نهضة علمية حقه لدراسة الفقه الإسلامي في ضوء القانون المدني الغربي. وهذه الدراسة هي التي قصدت أن أصل إليها حتى إذا آتت ثمارها وتقدمت دراسة الفقه الإسلامي إلى الحد الذي يجعله مصدرًا لقانون مدني يجاري مدنية العصر ويساير ثقافة الجيل، عند ذلك نكون قد بلغنا المرحلة الثالثة والأخيرة ويتحقق ببلوغنا هذه المرحلة الهدف المنشود».

أما كيف تكون دراسة الفقه الإسلامي، فالذي يقترحه العلاّمة السنهوري هو أن يعنى في هذه الدراسة بأمرين جوهريين:

---

(1) عبد الرزاق السنهوري، مجلة القضاء العراقي، ص26 – 27.
(2) عبد الرزاق السنهوري، مجلة القضاء، المرجع نفسه، ص27.

أولهما: أن تدرس نشأة الفقه الإسلامي دراسة عميقة.

وثانيهما: أن تدرس مذاهب الفقه الإسلامي المختلفة.

وبعد هذا التعريف الموجز بهذا البحث القيّم أودّ أن أشير إلى بعض ما لاحظته، ويتلخص فيما يلي:

1 - حول اقتراح العلاّمة السنهوري لكيفية دراسة الفقه الإسلامي، فالذي اعتقده أن دراسة الفقه الإسلامي تتطلب شيئًا واحدًا هو فتح باب الاجتهاد المطلق الذي يعتمد بدوره دراسة الفقه المقارن. ودراسة نشأة الفقه الإسلامي ومذاهبه المختلفة هي: في واقعها من شؤون الاجتهاد المطلق، والاجتهاد المطلق بطبيعته يتطلّب العناية بدراسة أمرين أساسيين مترتبين، هما:

أولاً: دراسة أصول الفقه الإسلامي المقارن، وقد توفّر عليها السيد محمد تقي الحكيم في كتابه القيّم (الأصول العامة للفقه المقارن)، بما مهّد للعلماء والباحثين السبيل إلى الدراسة بأهمّ وأجدى متطلباتها.

وثانياً: دراسة أحكام الفقه الإسلامي المقارن على ضوء الأصول المقارنة.

وربما كان السنهوري يعني بدراسة مختلف مذاهب الفقه الإسلامي ذلك، أعني الاجتهاد المطلق، إلا أن الذي أفهمه هو أن دراسة مختلف المذاهب الفقهية الإسلامية ما هي إلاّ مجالات ووسائل للاجتهاد المطلق تهيئ له مادة الفقه الإسلامي المقارن وأصوله المقارنة ليأخذ منها ما يراه أصلاً سليمًا وأصيلاً، وليتبنّى ما يجده حكمًا إسلاميًا قائمًا على أساس إسلامي، وليستكشف ما تركته دون أن تستكشفه أو أخطأت في استنباطه.

2 - حول ذهابه إلى أن تطوّر الفقه الإسلامي في مسايرته كل متطلبات العصور تتمثل في نتائج الإجماع، يقول: "إن هناك مصدرًا معترفًا به من مصادر الشريعة الإسلامية وهو الإجماع،

لم ندرك حتى اليوم خصوبته ومقدار ما يستطيع أن يواتي به هذه الشريعة من عوامل التطوّر. فالإجماع كمصدر للفقه الإسلامي كان في أول أمره مقصورًا على عرف أهل المدينة، ثمّ تطوّرت فكرة الإجماع فجاوزت هذا النطاق الضيّق إلى ما أجمع عليه الفقهاء في عصور ثلاثة: عصر الصحابة، وعصر التابعين، وعصر تابعي التابعين. ثم اتسعت الفكرة فأصبحت هي إجماع الفقهاء في أي عصر وأي بلد، والفكرة على هذا الوجه منتجة خصبة يمكن الانتفاع بها إلى مدى بعيد في تطوير الفقه الإسلامي، فالقائمون بدراسة هذا الفقه على النحو الذي قدمناه عليهم أن يجتهدوا في استنباط الأحكام التي تلائم هذا العصر وفقًا لأصول الصناعة الفقهية الإسلامية. ومتى أجمعت كثرتهم على رأي أصبح هذا الرأي جزءًا أصيلاً من الشريعة الإسلامية، يستمد وجوده من الإجماع، ونكون بذلك قد جددنا في أحكام الشريعة الإسلامية دون أن نخلّ بأصولها أو ننحرف عن مصادرها.

الخاتمة

العرف: هو ما اعتاده الناس وساروا عليه من كل فعل شاع بينهم، أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاص لا تألفه اللغة، ولا يتبادر غيره عند سماعه. وقد شمل هذا التعريف العرف العملي، والعرف القولي، وكل منهما إما عرف خاص أو عرف عام.

فالعرف العملي: هو ما اعتاده الناس في أفعالهم العادية أو معاملاتهم المدنية، مثل: اعتيادهم أكل نوع معين من اللحوم أو الحبوب أو استعمال نوع خاص من الملابس والأدوات ونحوها.

والعرف القولي أو اللفظي: هو استعمال الناس بعض الألفاظ أو التراكيب في معنى معين لا تألفه اللغة، مثل تعارفهم إطلاق الولد على الذكر دون الأنثى، وعدم إطلاق لفظ (اللحم) على السمك، وإطلاق لفظ (الدابة) على الفرس.

والعرف العام: هو ما يتعارفه غالبية أهل البلدان في وقت من الأوقات، مثل تعارفهم عقد الاستصناع، واستعمال لفظ (الحرام) بمعنى الطلاق لإزالة عقد الزواج، ودخول الحمام من غير تقدير الأجرة، أو مدة المكث، أو مقدار الماء المستهلك.

والعرف الخاص: هو ما يتعارفه أهل بلدة أو إقليم أو طائفة معينة من الناس، كإطلاق كلمة (الدابة) في عرف أهل العراق على (الفرس)، واعتبار دفاتر التجار حجة في إثبات الديون. والعرف في اعتبار الشرع إما صحيح أو فاسد.

العرف الصحيح: هو ما تعارفه الناس دون أن يحرم حلالاً، أو يحل حراماً كتعارفهم تقديم عربون في عقد الاستصناع،، وأن المهر قسمان: معجل ومؤجل، وأن ما يقمه الخاطب أثناء الخطبة يعتبر هدية، وليس جزءاً من المهر.

وأما العرف الفاسد: فهو ما تعارفه الناس ولكنه يحلّ حراماً أو يحرم حلالاً، كتعارفهم أكل الربا، والتعامل مع المصارف بالفائدة، والمقامرة باليانصيب.

وقد شرط الفقهاء شروطاً في العرف الذي يجوز في الشرع عدّهُ والعمل بمقتضاه، من أهمها ألا يعارض نصاً شرعياً في القرآن أو في السنة، وأن يكون مطرداً أو غالباً أي مستمراً العمل به في جميع الحوادث، أو يجري العمل عليه في أغلب الوقائع. وبهذا يفترق عن الإجماع، فإن الإجماع مبناه اتفاق مجتهدي الأمة الإسلامية، أما العرف فلا يشترط فيه الاتفاق، وإنما يكفي فيه سلوك الأكثرية بما فيهم العوام والخواص، فهو لهذا أشبه بالسيرة.

وللعرف أهمية كبرى في مختلف التشريعات وعند كل الأمم، لذا يعدُّ في القانون الوضعي أحد مصادر التشريع، بل إن كثيراً من نصوص القانون وأحكامه الآمرة أو المتعلقة بالنظام العام إنما هي مترجمة عن العرف الشائع في البلاد.

أما في الإسلام فهو عند التحقيق ليس دليلاً شرعياً مستقلاً؛ لأنه مبني في الغالب على مراعاة الضرورة أو الحاجة والمصلحة، أو دفع الحرج والمشقة، والتيسير في مطالب الشرع.

ونطاق تأثير العرف عند الفقهاء يتحدد في أنه حجة في تفسير النصوص التشريعية، وقد يراعى في تشريع وتوليد وتعديل الأحكام، وبيان وتحديد أنواع الالتزامات في العقود والتصرفات والأفعال العادية حيث لا دليل سواه.

وعلى هذا فقد يترك النص الخاص ويؤخذ بالعرف عند الضرورة، وقد يخصص النص بالعرف أو تعامل الناس، وقد يقيد إطلاقه به، وقد يترك

به القياس الاجتهادي أو الاستصلاح الذي لا يستند إلى نص، بل إلى مجرد المصلحة الزمنية؛ لأن العرف دليل الضرورة أو الحاجة، فهو أقوى من القياس ونحوه.

ومن الأدلة الشرعية على اعتبار العرف قول ابن مسعود: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون سيئاً فهو عند الله سيء»، وقد قال العلماء: «الثابت بالعرف كالثابت بالنص»، و«العادة محكَّمة» أي معمول بها شرعاً.

ومن خلال دراسة العرف وتطوره في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وجدنا بان هناك توافقا بينهما في جوانب وتخالفا في جوانب أخرى، أما الجوانب المتفق فيها فهي:

الأول: أن للعرف دورا هاما في قسم المعاملات في كل من الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي، فكثيرا ما تجد العرف هو المحكم في بيع الناس وشرائهم، بل وفي معاملاتهم كلها.

الثاني: أن كلا من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، يحيل في نصوصه على العرف في كثير من المسائل فمثلاً: الفقه الإسلامي أحال على العرف في مقدار النفقة وجنسها، والتفرق في البيع، والحرز في الوديعة وفي باب السرقة، كما أن القانون يحيل على العرف، لأن كل إقليم له عرفه الخاص به، والقانون لا يمكنه التنصيص على عرف كل إقليم؛ لأنه يؤدي إلى التناقض والاضطراب، حيث إن العرف في إقليم قد يكون مخالفا لعرف الإقليم الآخر.

الثالث: أن كلا من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي لا يعدُّ العرف إذا عارض نصوصه، اللهم إلا إذا كان العرف موجودا في عهد الرسول ﷺ كما مضى الحديث عن ذلك في تعارض العرف مع النصوص الشرعية. وكذلك ما سارت عليه بعض الدول من جعل العرف في منزلة التقنين.

الرابع: يشترط للعرف في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي: أن يكون مطردا وثابتا، وموجوداً عند إنشاء التصرف، حتى يتمكن الفقيه والقانوني من الإلزام به، وبناء الحكم عليه.

الخامس: أن كلا من الفقيه في الشريعة الإسلامية، والقانوني في القانون الوضعي في حاجة ماسة إلى العلم بالعرف، حتى يتمكنا من إجراء الحكم على الوجه السليم.

أما الجوانب المختلف فيها، فيمكن الإشارة إلى أهمها فيما يأتي:

أولاً: أن العرف في الفقه الإسلامي يعتمد في إقراره والإلزام به على شريعة الله تعالى العالم بما يصلح للناس؛ لأنه خالقهم، وخالق الحقيقة أعلم بما يصلح لها.

أما العرف في القانون الوضعي: فإنه يعتمد في إقراره والإلزام به على القانون الذي هو من وضع البشر، يعتريه القصور والنقص؛ لأن صانعه قاصر ناقص، والصنعة تأخذ صفة صانعها.

ثانياً: أن العرف في القانون مصدر أصيل من مصادره العامة، فهو ثاني مصدر للقانون الحديث، بل هو والتقنين في مرتبة واحدة لدى بعض الدول. أما العرف في الشريعة الإسلامية: فلا يعدو أن يكون قاعدة من قواعدها الفقهية، يعمل به في نطاق خاص.

ثالثاً: أن الشريعة الإسلامية: لا تعدُّ من الأعراف إلا ما كان صحيحا، يحقق المصلحة للناس، ولذلك قسم الفقهاء العرف إلى صحيح وفاسد. أما العرف في القانون، فلا تعتبر فيه هذه النظرة، بل يعمل بالعرف الفاسد كما يعمل بالعرف الصحيح، ولذلك لم يقسم القانونيون العرف إلى صحيح وفاسد، شأن علماء الشريعة الإسلامية.

رابعاً: العرف في الفقه الإسلامي يأتي في وسائل العبادات، بل وفي جميع أبوابه، وهذا بخلاف العرف في القانون، فإنه لا دخل له إلا في المعاملات، انطلاقا من مبدأ فصل الدين عن الدولة، وأن ما لله لله وما لقيصر لقيصر.

خامساً: أن العرف في الشريعة الإسلامية منظم وموجه، ومن ثم عبر القرآن الكريم عنه بالمعروف في أكثر من موضع، وهذا بخلاف القانون: فإنه

منظم وليس بموجه؛ لأنه فقد الصيغة الدينية التي تذكي الشعور، وتحاسب الضمير.

سادساً: أن العادة في الفقه الإسلامي أعم من العرف، فكل عرف عادة من غير عكس، أما القانون فإنه يعتبر العادة مرحلة أولية للعرف، أي: الركن المادي له، فإذا ما توفر فيهما الركن المعنوي «اعتقاد الناس بأن هذه العادة ملزمة» ارتقت إلى درجة العرف.

Historical roots of customary and its effect on Islamic Shari'a and local law

Abstract

Customary: Is what is well - known for people and considered as a law for them including speech and practical customary. Both are either public or special.

Practical customary is what is customed by people in their usual actions or civil dealings such as eating a kind of meat or using a special kind of clothes speech customary is people's use of some sayings structures in an appointed meanings unknown in language such as calling "boy" as "made" and not calling "meat" as "fish".

Public customary is what is known by majority of people in some times knowing "illegal actions" to mean "divorce" in order to cancel marriage bond and entering the bath without assessing the fee or remaining time or used water.

Special customary is what is well – known by people of a city or country or section such as calling "horse" by Iraqi people as "dabba" and considering merchants' note - books to prove debts and so on.

Correct customary is what is well - known by people without making what is illegal legal and vice versa such as paying earnest in bond the dower is two kinds: Hastened and delayed what is the suitor

gives is considered as a present and not a part of the dower.

Unsound customary is what is well - known by people but it makes illegal things legal and vice versa such as dealing with banks in interests and gamble in lottery. Jurists put conditions on customary which is allowed in Shari'a. The most important condition is not be opposed by any legal version in Qur'an or Sunah or valid in all accidents. So it is different from "Al-Ijma" which means the agreement of Islamic Nation's thinkers while in customary agreement is not necessary but the majority conduct is enough. So it is similar to conduct customary is of great importance in different legislations and all nations. So it is considered in local law. One of legislations sources. Most of law versions and its ordering rules or those who are related to public rules are translated from common customary in country. In Islam it is through achievement not legal and independent proof because it is often based on guiding necessity or need and interest or a voiding embarrassment and difficulty in Shari'a requirements.

The range of customary effect in jurists is limited to be a proof in explaining legal versions. It is noted in legislation and appearing and modifying the rules and showing and limiting kinds of commitments in bonds and behaviors and common deeds.

Thus special version could be left and customary is taken when necessary.

Version could be stated in customary or people dealing and it could be limited by it. Also it could left in measuring by diligence which does not depend on version but only on period interest because customary is a guidance of need or necessity.

It is stronger than measuring and the like. One of legal proof to

consider customary Abulmasood's saying: "what Muslims see good it is good with Allah, what Muslims see bad, it is bad with Allah" religious men say "The fixed in customary is like the firm in version" and "Habit is legal". It means it is accepted legally.

Through studying customary and its development in Islamic legislation and local law we find that there is an agreement between them in some aspects and differences in other aspects. The agreed aspects are:

1 - customary has a great role in dealings departments in both Islamic law and local law customary is often found to be the best way in the people's selling and buying and in all their dealings.

2 - Both Islamic legislation and local law refer, in either versions, to customary in most of the matters. For example: Islamic legislation refers to customary in sum of expenses and its sex and keeping deposit and theft. Also law refers to customary because each country has his own customary and the law could not state customary for each country because this leads to contradictory and disorder. Customary in a country may be different from other country.

3 - Both Islamic Shari'a and local law do not consider customary if oppose its versions only when customary existed in the time of the prophet in opposition of customary with the version of legislation also when some countries consider customary like technicians.

4 - customary is considered in both Islamic legislation and local law. It must be firm and continuous and found when

construction of behavior in order to make jurist and law man able to stick to it and build the judgment on it.

5 - Both jurist in Islamic Shari'a and law man in local law are in need of science in customary in order to be able to make judgment correctly.

The aspects that they do not agree about them we explain them in the following points:

1 - customary in Islamic legislation depend in determination and obligation in it, on Allah's Shari'a for the knows what is good for people because he creates them and truth while customary in local law: depends in determination and obligation in it, on law put by human beings which may have lack and shortage because its creator has lack and shortage.

2 - customary in law is original source of its general sources. It is the second source of modern law. It is in the some grade with the technician in some countries. Customary in Islamic Shari'a is only base of its jurist base used in a small range.

3 - Islamic Shari'a: is not considered of customary only what is correct achieving interest for people. So jurists divided customary into correct and in sound. Customary in law this idea is not considered but it work with correct customary as in sound one. So law men do not divide customary into correct and in sound like jurists of Islamic Shari'a.

4 - Customary in Islamic legislation come in means of worshiping in all its aspects. This differs customary in law which has nothing to do only with dealings. This comes from the principle of separating religion from state "What is

for Allah is to Allah, what is for Caeser is for Caeser".

5 - Customary in Islamic Shari'a is organized and aimed and Qur'an expresses it in goodness in more than one position. This differs from law: it is organized but not aimed because it loses religious manner which encourages feeling and hold responsible for his co science.

6 - Habit in Islamic legislation is more general than customary.

Each habit is without opposite while law considers habit early period of customary: Its material side. If moral side is provided "people's thought that this habit is obligatory" it is risen to the customary grade.

المصادر والمراجع

❖ **القرآن الكريم**

1 - **الأزهري، منصور بن محمد بن احمد (ت 370هـ/980م)؛**

- تهذيب اللغة،. القاهرة: مطبعة الدار المصرية،، د. ت.

2 - **الآلوسي، أبو الثناء شهاب الدين محمود البغدادي (ت 1270هـ/1854م)؛**

- روح المعاني في تفسير القران العظيم والسبع المثاني. القاهرة: إدارة الطباعة المنيرية، تصوير دار إحياء التراث،

3 - **البابرتي، أكمل الدين محمد بن محمود (ت 786هـ/1384م)؛**

- العناية على الهداية. ط1. القاهرة: المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، 1315هـ.

4 - **باد شاه، محمد أمين (879هـ/1474م)؛**

- تيسير التحرير شرح التحرير في أصول الفقه. بيروت: دار العلمية، د. ت.

5 - **البخاري. محمد بن إسماعيل. (ت 256 هـ/869م)؛**

- فتح الباري بشرح صحيح البخاري. دار الكتب العلمية. بيروت 1978م.

6 - **البغوي، أبو محمد الحسين بن مسعود (ت317هـ/929م)؛**

- تفسير البغوي «معالم التنزيل». القاهرة: مطبعة التقدم، 1349 هـ.

7 - **البهوتي. منصور بن إدريس (ت 1051هـ/1641م)؛**

- كشاف القناع عن متن الإقناع. تحقيق محمد أمين الضناوي. ط1. بيروت: عالم الكتب، 1417هـ.

8 - **ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس (728هـ/1327م)؛**

- مجموع الفتاوى. الرباط مكتبة المعارف، د. ت

9 - **الجرجاني، علي بن محمد (ت 816 هـ/1423م)؛**

- التعريفات. بغداد: دار الشؤون الثقافية، 1986.

10 - **الجرزي، أبو القاسم محمد بن عبد الرحمن (ت833هـ / 1429م)؛**

- تعريف الوصول إلى علم الأصول. القاهرة. بلا.

11 - **الجصاص، أبوبكراحمدبنعلي (370هـ/1325م)؛**

- أحكامالقرآن، بيروت: دارالمعرفة، 1975م.

12 - **ابن الحاجب، أبو عمرو عثمان بن عمر (ت 646 هـ/1248م)؛**

- منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل. القاهرة: مطبعة السعادة، 1326هـ.

13 - **ابن حجر العسقلاني، احمد بن علي (ت852هـ/1448م)؛**

- فتح الباري بشرح صحيح البخاري. ط1. القاهرة: المطبعة السلفية، 1407هـ.

14 - **ابن حزم، محمد علي بن احمد بن سعيد (ت456هـ/1063م)؛**

- الأحكام في أصول الأحكام، تحقيق احمد شاكر، القاهرة: مطبعة العاصمة، د. ت.

- المحلى بالآثار. تحقيق أحمد شاكر. ط1. القاهرة: المطبعة المنيرية، 1387هـ.

15 - **ابن الحنبلي، عبد الرحمن بن رجب (ت795هـ/1392م)؛**

- القواعد في الفقه الإسلامي. ط2. بيروت: دار الجيل، 1988م.

16 - **ابن خلدون، عبد الرحمن بن محمد (ت808 هـ/1405م)؛**

- مقدمة ابن خلدون. مطبعة مصطفى محمد، القاهرة. د. ت.

17 - **الرازي، محمد بن أبي بكر (ت370 هـ/980م)؛**

- مختار الصحاح. بيروت: المركز العربي للثقافة والعلوم. د. ت.

18 - **الرازي، فخر الدين محمد بن عمر (ت606هـ/1209م)؛**

- المحصول في علم الأصول. تحقيق طه جابر، ط1. الرياض: جامعة الإمام محمد بن سعود، 1981م.

19 - **الراغب الأصفهاني، الحسين بن محمد (ت502هـ/1108م)؛**

- مفردات غريب اللغة، تحقيق وضبط محمد سيد كيلاني. بيروت: دار المعرفة، 1961.

20 - **ابن رشد، أبو الوليد محمد (595هـ/1198م)؛**

- بداية المجتهد ونهاية المقتصد. القاهرة: مطبعة الاستقامة، 1966 م.

21 - **الرملي، شمس الدين محمد بن احمد (ت 1004 هـ/1595م)؛**

- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. ط1. القاهرة: دار الفكر1357هـ.

22 - **الزبيدي، محمد مرتضى (ت 1205هـ/1790م):**

- تاج العروس في جواهر القاموس. طباعة دار ليبيا، بلا

23 - **السرخسي، أبو بكر بن احمد (ت 490 هـ/1096/م):**

- أصول السرخسي، تحقيق أبو الوفا الأفغاني. بيروت: دار المعرفة للطباعة والنشر، 1973.
- المبسوط. القاهرة: مطبعة دار المعرفة، د. ت.

24 - **ابن سيده، علي بن إسماعيل (408هـ/1065م):**

- المخصص، بيروت: دار الآفاق الجديدة، د. ت.

25 - **السيوطي، جلال الدين محمد (ت 911 هـ/1505م):**

- الأشباه والنظائر. مصر: دار إحياء الكتاب العربي، 1955 م

26 - **الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي (ت911 هـ/1505م):**

- الموافقات. القاهرة: المكتبة التجارية الكبرى، د. ت.

27 - **الشافعي، أبو عبد الله احمد بن إدريس (204هـ/819م):**

- الأم، أشرف على طبعه وتصحيحه محمد زهدي النجار. القاهرة: دار المعرفة، 1973م.

28 - **الشوكاني، محمد بن علي بن محمد (ت1255هـ/1839م):**

- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول. القاهرة: مطبعة البابي الحلبي، د. ت.

29 - **الطبري، محمد بن جرير (ت 310 هـ/922م):**

- تفسير الطبري. جامع البيان في تفسير القرآن، القاهرة: مطبعة البابي الحلبي، د. ت.

30 - ابن عابدين، محمد أمين (ت1352هـ/1933م):

- رد المحتار إلى در المختار شرح تنوير الأبصار، المعروف بحاشية ابن عابدين. القاهرة: المطبعة الأميرية، د. ت.
- مجموعة رسائل ابن عابدين. تحقيق: محمد هاشم الكيني مصر: د. ت.

31 - العز بن عبد السلام الدمشقي (ت660 هـ/1262م):

- قواعد الإحكام في مصالح الأنام. القاهرة. بلا.

32 - الغزالي محمد أبو حامد (ت 505هـ/1111م):

- إحياء علوم الدين. مطبعة عيسى ألبابي الحلبي. مصر (د. ت).
- المستصفي. القاهرة: المكتبة التجارية الكبرى، 1937م.

33 - ابن فارس، أبو الحسين احمد (ت395 هـ/1004م):

- معجم مقاييس اللغة. تحقيق. عبد السلام محمد هارون. القاهرة: دار الفكر. 1979.

34 - الفناري، شمس الدين محمد بن حمزة (ت834هـ/1430م):

- فصول البدائع في أصول الشرائع. ط2. القاهرة: مطبعة شيخ يحيى أفندي، 1289 هـ.

35 - الفيروزآبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب (ت817هـ/1414م):

- القاموس المحيط. القاهرة: المطبعة المصرية، 1933م.

36 - القالي، أبوعلي إسماعيل بن قاسم بن هارون (ت356هـ/966م):

- كتابالأمالي، (النوادر)، (بيروت، د. ت)،

37 - ابن قدامه، عبد الله بن احمد (ت620 هـ/1223م):

- المغني، ط1. بيروت: دار الفكر للطباعة، 1984م.

38 - **القرافي، شهاب الدين احمد بن إدريس (ت684 هـ/1285/)؛**

- الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، القاهرة: 1938م.
- جامع لأحكام القران. ط2. القاهرة: دار الكتب المصرية، 1387هـ.
- شرح تنقيح الفصول في اختصار المحمول في الأصول. تحقيق طه عبد الرءوف. ط1. القاهرة: دار الفكر، 1993 م.

39 - **القرطبي، أبو عبد الله محمد بن احمد الأنصاري (671هـ/ 1271/)؛**

- الجامع لإحكام القرآن. القاهرة: دار الكتب المصرية، 1387هـ.

40 - **ابن القيم الجوزية، شمس الدين محمد بن أبي بكر (ت751هـ/ 1350م)؛**

- أعلام الموقعين من رب العالمين. تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد. ط1. القاهرة: المكتبة التجارية الكبرى، 1955.

41 - **الكاساني، علاء الدين أبو بكر الحنفي (ت587هـ/1191م)؛**

- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. بيروت: دار الكتاب العربي، 1982م.

42 - **ابن ماجة، أبو عبد الله محمد بن يزيد (275هـ/888م)؛**

- سنن ابن ماجه، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي، 1930م.

43 - **مالك بن انس بن مالك التيمي (ت 179هـ/795م)؛**

- المدونة الكبرى. بيروت: دار الفكر، 1978م.
- الموطأ. تعليق محمد فؤاد عبد الباقي. دار إحياء الكتب لعربية. القاهرة: عيسى البابي الحلبي، 1951م.

44 - **مسلم ابن الحجاج النيسابوري (261هـ/874م)؛**

- صحيح مسلم. ط1. بيروت: مؤسسة عز الدين للطباعة والنشر، 1987م.

45 - **ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم (ت 711هـ/1311م)؛**

- لسان العرب. بيروت: دار صادر للطباعة والنشر. 1982.

46 - **ابن نجيم زين الدين إبراهيم الحنفي (ت970هـ/1562م)؛**

- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان. تحقيق. عبد العزيز محمد الوكيل. مؤسسة الحلبي. القاهرة (د. ت).

47 - **النووي، محي الدين أبو زكريا يحيى (671هـ1271م)؛**

- صحيح مسلم بشرح النووي، القاهرة: المطبعة المصرية، د. ت.

48 - **الونشريسي، أبو العباس احمد بن يحيى بن محمد، (ت914هـ/ 1508م)؛**

- المعيار المعرب والجامع المغرب، الدّار التّونسية للنّشر، المؤسّسة الوطنية للكتاب، (الجزائر، 1984م)، ج10، ص 32.

الفهرس

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

ان العرف بصورة عامة هو كل ما تعارفه الناس واعتادوا عليه بأفعالهم واصبح سائد بينهم، ولأهمية العرف في حياتنا فقد عده الفقهاء والعلماء بمثابة الجذر الحقيقي لمجموعة الشرائع والقوانين التي انتجتها البشرية على مر العصور، وعدت الشريعة الاسلامية العرف دليلاً من أدلتها الشرعية شريطة ان لا يخالف نصاً ودليلاً شرعياً أو قاعده من قواعدها، وان للعرف دوراً هاماً في قسم المعاملات في كل من الفقه الاسلامي والقانون الوضعي لان العرف مصدر اصيل من المصادر العامة للقانون الوضعي وثاني مصدر من مصادر للقانون الحديث، وهنا فأن للعرف اهمية كبير تاريخية وشرعية وقانونية وكذلك دوره الهام في تاريخ الامم وتراثها في صياغة الكثير من القواعد الفقهية والقانونية.



منشورات الحلبي الحقوقية

فرع أول: بناية الزبن - شارع القنطاري - قرب تلفزيون إخبارية المستقبل
هاتف: 364561 (1- 961+) - هاتف خليوي: 640821 - 640544 (3- 961+)
فرع ثان: سوديكو سكوير - هاتف: 612632 (1- 961+)
فاكس: 612633 (1- 961+) - ص.ب. 11/0475 بيروت - لبنان
E-mail: elhalabi@terra.net.lb - www.halabi-lp.com

